COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal,
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación,
del Instituto de Reformas sociales y del Consejo Penitenciario,
y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS



TOMO XII

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de Bernardo Millán
Ronda de Atocha, 15, centro.
1907

LIBRO IV

De las obligaciones y contratos.

(Continuación.)

TITULO XII

DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS Ó DE SUERTE

El Código, que hasta aquí venía haciendo en cada uno de los títulos de este libro cuarto, á partir del tercero, la monografía de una especie determinada de contratos, al llegar á este duodécimo de sus títulos abarca en él todo un género ó grupo de ellos, obedeciendo á cierta taxonomía doctrinal no definida, sin embargo, en su articulado.

Sabido es que las formas que pueden revestir los contratos son enteramente indeterminables. «El número y especies existentes en cada momento—dicen dos reputados tratadistas de filosofía jurídica (los Sres. Giner y Calderón)—es variable, dependiendo de la cultura jurídica de cada pueblo y época, y de la extensión y carácter de sus relaciones de cambio. De aquí que la clasificación usual de ellos sea realmente empírica, tomada de su estado histórico, susceptible de modificación incesante.» Con todo, continúan diciendo estos autores, «existen tipos naturales que se derivan del carácter intrínseco de la relación contractual y á los que pueden referirse, como á bases permanentes de división, todos los contratos; los pasados y presentes como los futuros».

Ahora bien: en el análisis de estos tipos naturales de contratos, pronto pudo advertirse la oposición de dos de ellos; pues mientras en unos se vió que todas las partes contratantes asumían obligaciones, en otros alguna ó algunas de ellas se eximían de las cargas, adquiriendo sólo beneficios. Llamóse á los primeros contratos *onerosos,* y *lucrativos* ó *gratuitos* á los segundos.

Todavía más: considerando el grupo de los contratos onerosos, esto es, de aquellos en que cada una de las partes obtiene una prestación á cambio de otra que ha de realizar y que se reputa equivalente—con lo cual ambos contratantes tienen un interés pecuniariamente apreciable—, considerando este grupo, repetimos, se advirtió que interiormente comprendía otros dos términos, porque á las veces el equivalente pecuniario de la contratación está bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, al paso que otras no lo está, dependiendo su determinación de un acontecimiento venidero.

Púsose por nombre á los primeros contratos *conmutativos*, y á los segundos el de *aleatorios*, dando raíz á esta denominación una antigua palabra latina, *alea,* que quiere significar tanto como riesgo, azar ó suerte.

Claro es—se apresuran á decir todos los autores—que el elemento riesgo interviene en todos los contratos. Uno de nuestros civilistas (el Sr. Sánchez Román), pone el ejemplo de la compraventa de un caballo que muere después de perfeccionado el contrato, sin culpa del vendedor, el cual, además de obtener la ganancia del precio, se habría librado de la pérdida del valor del caballo, que tendría que soportar si la muerte hubiera ocurrido antes de venderlo. Por donde la característica verdadera del grupo aleatorio estriba, principalmente, en que al tiempo de la celebración del contrato no esté bien determinado ni sea cuantitativamente apreciable el interés pecuniario de las prestaciones.

Inútil es buscar precedentes concretos de esta doctrina en el antiguo derecho, porque la clasificación sistemática de los contratos se ha forjado toda ella después: primero en Italia, por

los juristas de los tiempos medios; después en Francia, por los que á principios del siglo XIX prepararon el Código de Napoleón, verbo de la codificación de la primera época moderna. El tít. 13 del libro 3.° (diferentes modos de adquirir la propiedad) de dicho cuerpo legal, contiene, por primera vez, la rúbrica de los contratos aleatorios. El Código portugués también les concede un apartado genérico: el capítulo 7.° del tít. 2.° (contratos en particular) del libro 2.°, que se ocupa de los derechos que se adquieren por hecho y voluntad propia y de otro conjuntamente; al paso que otros Códigos, como el italiano y el alemán, sin crear este apartado general, tratan separadamente de algunas de las especies aleatorias más importantes.

¿Cuáles son éstas?

Nuestro Código describe y reglamenta el contrato de seguros, el juego y su análogo la apuesta, y la renta vitalicia.

Lo son, indudablemente, todos los que están comprendidos en tal concepto en sus prescripciones; pero, ¿puede decirse que están todos los que son?

Fijándose más en los caracteres externos de determinados contratos que en la esencia de los mismos, podría contestarse negativamente á esta pregunta, tachando de deficientes las disposiciones del presente título por no incluirse en ellas el contrato de préstamo á la gruesa, designado específicamente entre los aleatorios por el Código Napoleón en su art. 1964 y los Códigos que en él se inspiran, como, por ejemplo, el de Guatemala, (art. 1858), ni tampoco la constitución de censo vitalicio mencionada también en el art. 2258 del Código chileno, ni la compra de esperanza, ni la decisión por suerte, todos los que acostumbraban á incluir en este grupo los civilistas, aunque con la excepción del préstamo á la gruesa reconocida por muchos de ellos. Y partiendo de esa común doctrina, podría quizás sostenerse, que si bien la omisión del citado préstamo puede justificarse por ser materia de la jurisdicción de las leyes del comercio, no hay razón alguna científica que abone la preterición hecha de los demás contratos citados, alguno de los cuales cuenta

en su abono con el abolengo de precedentes legales en nuestro derecho.

Tal sucede con la compraventa de esperanza, esto es, de cosa dudosa y eventual, como, por ejemplo, los frutos pendientes en una época determinada, á que se refiere la ley 11, tít. 5.º de la Partida 5.ª, omitida, no sólo aquí, entre los contratos aleatorios, sino en el tít. 4.º de este mismo libro, dedicado á la compraventa. Lo mismo ocurre también con la decisión por suerte, de que da ejemplo algún artículo de la ley de Enjuiciamiento civil, como el 616, que autoriza al Juez para nombrar por suerte un tercer perito en discordia.

Pero si exentos de preocupaciones y de prejuicios se medita serenamente sobre esta cuestión, desde luego se comprenderá la injusticia y la falta de fundamento de los cargos que en dicho supuesto se hicieran, pues si bien es cierto que en la compra de esperanza, por ejemplo, hay un elemento de azar, esto no basta para constituirlo en grupo aparte de la compraventa, porque, como hemos indicado ya, ese elemento es un hecho que acompaña á casi todas las relaciones jurídicas en formas diversas, y así vienen á confirmarlo hasta los mismos ejemplos que ordinariamente se citan en demostración de la especialidad de dicho contrato (la compra por un precio cierto de todo lo que pesque un pescador en una redada ó la adquisición de una cosecha antes de estar recogida), toda vez que la cosa objeto del contrato está perfectamente determinada dentro de límites precisos al tiempo de celebrar el contrato, en el primer caso, y es el azar, en el segundo, el mismo que concurre en otros muchos respecto á la persona sobre quien recae la pérdida de aquello sobre lo que se contrata.

En cuanto á la decisión por suerte, que es otra de las relaciones jurídicas comprendidas en este grupo por los tratadistas y Códigos antes citados, obsérvese que dicha decisión es una condición que no constituye contrato especial, sino que aparece en muchos casos como un accidente resolutorio de una cuestión, como, por ejemplo, cuando se distribuyen por sorteo las partes

ó lotes hechos de los bienes de una herencia ó de cualquiera otra mancomunidad entre los diversos partícipes que tienen derecho á ella.

Y, por último, otros de los contratos considerados como indebidamente omitidos, se hallan regulados por el Código en otros lugares del mismo, y, por lo tanto, los autores de éste procedieron con acierto al preterir aquí su expresa y especial determinación y regulación.

Fundados en la distinción común entre Derecho civil y mercantil, podría también decirse que los contratos aleatorios en su mayoría corresponden á la segunda de dichas ramas del Derecho, por responder á una idea de lucro ó de ganancia, cual sucede en el seguro que no es mutuo, en el juego y en la apuesta; pero el Código, y antes que él los tratadistas y comentadores de nuestro antiguo derecho, los han incluído siempre entre los contratos de orden civil, porque ciertas de sus modalidades, como dice un autor, los acercan á este género, entendiendo por otra parte, que la distinción no podría ser muy clara y perceptible las más de las veces, por no estar perfectamente definida en el estado actual de la ciencia jurídica la separación entre uno y otro derecho.

Compréndense, pues, en este título todas aquellas convenciones cuyo resultado depende del porvenir y en los que un precio cierto compensa un riesgo ó una ventaja incierta. Esa ganancia ó pérdida inherente á estos contratos, y que pueden considerarse como verdadera causa de los mismos, dependen, como su nombre lo indica, de un hecho incierto é indeterminado, y sus combinaciones y modalidades pueden ser tantas que es imposible comprenderlas bajo una denominación y concepto común, ni hacer tampoco una completa y acabada enumeracion de todas sus especies; pero de todas ellas las principales y más usuales son las tres reglamentadas específicamente por el Código (seguros—juego y apuesta—, renta vitalicia), las que tienen una importancia mayor en el derecho moderno.

Singularmente, la primera es susceptible de transformacio-

nes de importancia que, en ciertas relaciones, la sacan de la esfera de la contratación convirtiéndola en una obligación necesaria. Aludimos al riesgo del accidente del obrero con quien se ha celebrado un contrato de trabajo, aunque este seguro no es enteramente obligatorio en la legislación nuestra (art. 12 de la ley de Accidentes del trabajo de 30 de Enero de 1900, y 71 y 72 del reglamento para su ejecución de 28 de Julio de 1900), como lo es en países de evolución social más adelantada, donde la transformación de la prima en impuesto ha podido producir el seguro obligatorio contra los más graves riesgos (enfermedad, vejez, accidentes del trabajo). Ejemplo de ello tenemos en Alemania, donde, según las últimas estadísticas, en 1902 se hallaban asegurados: 10 millones de habitantes contra la enfermedad, 17 contra los accidentes, 13 contra la invalidez; y las cajas de seguro recaudaban, desde 1885 á 1901, 4.790 millones de marcos, devueltos en su mayoría en forma de pensiones, socorros, indemnización, curas en sanatorios y hospitales, etc., etc.

La materia objeto del presente título es por demás interesante, y de ordinario no ha sido bien comprendida por no haberse desarrollado con la suficiente precisión y claridad los principios que le sirven de fundamento, dándose lugar con ello á dudas y litigios, que los autores del Código se propusieron evitar para lo sucesivo adoptando las reglas más convenientes para ello de acuerdo con la jurisprudencia y con la buena doctrina, como veremos en el examen que hemos de hacer de las disposiciones contenidas en los cuatro capítulos que le constituyen.

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales.

ARTÍCULO 1790

Por el contrato aleatorio, una de las partes, ó ambas recíprocamente, se obligan á dar ó hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar ó hacer para el caso de un acontecimiento incierto, ó que que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

I. *Concepto jurídico de los contratos aleatorios.*—Este artículo da el concepto del contrato aleatorio, determinando de una manera clara y precisa su propia y especial naturaleza.

Es indudable que toda definición resulta siempre defectuosa, porque la realidad en todos sus órdenes es inagotable; pero también cualquiera de ellas es posible y lícita, con tal de que sea capaz de sugerir el signo de lo que resume ó pretende resumir. La fórmula empleada por el legislador no es muy distinta de la que nosotros hemos presentado algunas páginas antes. Obsérvese, no obstante, que como quiera que, más que una definición es una descripción el precepto de este artículo, se presenta alternativamente, sin reducir á unidad, para comprender con entera fidelidad las especies distintas aleatorias: unas, las que dependen de un acontecimiento incierto (el seguro, el juego y la apuesta); otras, las que están subordinadas á un acontecimiento cierto con seguridad, pero que ocurrirá en tiempo indeterminado (renta vitalicia). Fácil es advertir que el contrato de seguro, en ciertas de sus variedades, pasa á este segundo grupo; el seguro sobre la vida, por ejemplo. En suma, si la esencia de los contratos aleatorios está en que al tiempo de la contratación el interés del

contrato no está perfectamente determinado para una ó para todas las partes, por depender de un suceso incierto, esta incertidumbre unas veces sólo es del día en que el suceso llegará *(incertus quam,* decían los romanos); otras se ignora si llegará algún día *(incertus quam et quando.)*

En los Códigos extranjeros hallamos otras dos definiciones principales de los contratos aleatorios. El Código Napoleón, vigente hoy, como es sabido, en Francia y en Bélgica, da esta: Art. 1964. «El contrato aleatorio es un convenio recíproco cuyos efectos dependen de un acontecimiento incierto, tanto en cuanto á las ventajas como en cuanto á las pérdidas; y ya para todas las partes, ya para una ó varias de ellas.» Sin embargo, como el art. 1104 del mismo Código da otra definición de los contratos aleatorios, según la cual, se exige que las ganancias ó las pérdidas dependan, *para cada una de las partes,* de un acontecimiento incierto, se duda entre los jurisconsultos franceses cuál de las dos fórmulas sea más exacta. La opinión de más peso se inclina en favor de la última (Laurent, Demolombe, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie y Wahl, Guillouard, Fuzier Herman), aunque tampoco á la primera le faltan autoridades (Troplong, Duranton, Marcadé, Larombière, etc.).

El Código portugués sienta esta otra definición: Art. 1537. «Es contrato aleatorio aquel por el cual una persona se obliga para con otra, ó ambas recíprocamente, á prestar ó á hacer otra cosa, dado cierto hecho ó acontecimiento futuro ó incierto.»

Tal vez es esta—con sus calificaciones mediante los adjetivos exactos: *futuro, incierto*—, la más feliz de todas.

Y, sin embargo, más de un autor tacha de inútiles estas y las otras definiciones legales, tocado de la desnaturalizada manía de reducir las leyes á meros preceptos imperativos desnudos de su expresión lógica y ética. ¡Cuán lejanos de los nobles discursos de Platón, cuando en *Las Leyes* nos presenta como modelo mejor de legisladores, aquel que razona sus mandatos, que no el que los dicta como arbitrariedades!

Importa, por último, vista la definición, distinguir los con-

tratos aleatorios de las obligaciones condicionales, con las cuales, á primera vista, pudieran confundirse.

Á poco que se fije la atención, la confusión desaparece. Porque, en efecto, en las obligaciones condicionales, lo que se subordina al acaecimiento de la condición, es *la obligación misma*, mientras que en los contratos aleatorios el acontecimiento futuro ó incierto que llega ó se realiza, no influye en manera alguna sobre el contrato, el cual de antemano está definitivamente perfecto, y sí sólo sobre el importe de la ganancia ó pérdida de las partes.

Así queda fijada la naturaleza de este grupo de contratos en oposición á los conmutativos. El interés práctico de esta distinción ha disminuído, sin embargo, en el derecho moderno, desde el momento en que la rescisión por lesión ha desaparecido (artículo 1293 de nuestro Código civil). La lesión viciaba los contratos conmutativos, en tanto que sobre los aleatorios no influía. Pothier daba la razón de esto último con una frase de concisa elocuencia, á saber: «Que en los contratos aleatorios, las ganancias son el precio del riesgo que se aventura.»

Ocupándose uno de los comentadores de nuestro Código civil (1) de la determinación del carácter especial de esta convención, dice: «Son contratos de verdadera esperanza; contratos producidos siempre por la incertidumbre y á veces por sospechas del sobrevenimiento de hechos que pueden ser más ó menos perjudiciales; contratos en los que parece tentarse la fortuna, ó tranquilizarse el individuo contra los caprichos de la misma; contratos en los que á favor de combinaciones especiales créanse bienes presentes, dándose un precio á las probabilidades más ó menos próximas, simples esperanzas que llegan á ser la base de riquezas reales, y que conjurando ó suavizando ciertos males que se ven en mientes, embotan ó aminoran los golpes de la suerte, asociando en su participación á personas distintas de aquellas que los presumen.»

Pero no insistamos en esto, porque ya en las ideas genera-

(1) León Bonel y Sánchez, tomo 4.°, pág. 797.

les que como exposición de la materia objeto de este título hemos expuesto en la introducción del mismo, indicamos lo suficiente para la debida comprensión del concepto jurídico de los contratos aleatorios, y remitiéndonos á lo dicho entonces, para evitar innecesarias repeticiones, réstanos tan sólo manifestar que dichos contratos, como toda relación de derecho, ante la ley y ante la conciencia necesitan tener un objeto lícito y hacerse sin daño manifiesto ó desigualdad reconocida para alguna de las partes contratantes, cuyo principio debe tenerse muy en cuenta, puesto que con arreglo á él pueden apreciarse debidamente y resolverse en justos términos algunas de las cuestiones que en la práctica suelen suscitarse, relacionadas con esta materia.

II. *División de los contratos aleatorios.*—Los contratos aleatorios pueden ser de dos clases distintas: *sencillos* y *dobles*.

Dan los autores la primera de dichas denominaciones á aquellos en que una de las partes contratantes se expone á un riesgo en provecho de la otra, mediante cierta cantidad, que es el precio del contrato. Y como desde luego se comprende, son *dobles* los contratos citados cuando los dos contrayentes de la relación jurídica se comprometen recíprocamente á dar ó á hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra dé ó haga, con referencia á un acontecimiento incierto ó de tiempo indeterminado para que se cumpla.

Aunque en algunos casos el contrato será sencillo, en la mayor parte de ellos las obligaciones serán recíprocas para ambas partes contratantes, soportando ó corriendo cada una de ellas un riesgo análogo y aun casi igual.

Los mismos principios rigen los contratos aleatorios sencillos y los dobles; y si nos hemos ocupado de su distinción, ha sido con el único y exclusivo objeto de precisar aun más el concepto y el carácter jurídico de los mismos.

En todos ellos es común una condición indispensable, cual es la de que el riesgo, motivo y objeto del contrato, sea desconocido para las dos partes contratantes, pues aunque el Código no lo dice, esto es una condición impuesta por los principios de

orden moral que deben regir la contratación en todos sus órdenes, porque si la incertidumbre no fuera recíproca, sino que, por el contrario, el riesgo fuera conocido ó cierto de antemano para uno de los que llevan á efecto la relación de derecho, propia de la convención, contrataría sobre seguro, cometiendo un verdadero abuso en daño del otro contrayente.

III. *Precedentes y concordancias.*—Hemos indicado antes que inútil es buscar precedentes concretos en el antiguo derecho de la doctrina relativa á los contratos aleatorios, y así es, en efecto, no sólo porque la clasificación sistemática de las convenciones, en general, se forjó en su totalidad bastante después, sino también porque su necesidad no se sintió en los pueblos primitivos hasta que las relaciones jurídicas tuvieron sucesivo y completo desarrollo.

En efecto, según dice Goyena, comentando el art. 1695 del proyecto de Código de 1851, «el primer contrato indicado al hombre por la necesidad y la industria fué la permuta, y el *aleatorio* debe ser considerado el último é inventado solamente por su codicia».

Sin embargo, aunque no precedentes concretos, algunas indicaciones de dichos contratos se encuentran en el Derecho romano en la ley 8.ª, tít. 1.º, libro 18 del Digesto, y en la legislación patria en la ley 11, tít. 5.º de la Partida 5.ª, ya citada, y aun en la ley 32, tít. 15 de la misma Partida, para los que entienden que el carácter esencial de esta clase de convenciones consiste en estar sometidos á una condición de las llamadas casuales, ó á día cierto, aceptando la diferencia que entre estas dos modalidades establecía dicha ley.

En tal estado se hallaba nuestro derecho positivo cuando, secundando la aspiración general sentida por la codificación, se formuló el proyecto de 1851, en cuyo art. 1695, ya citado, se estableció un precepto análogo al que examinamos, si bien por los términos literales de su redacción no parece tan claro y explícito como el mismo; precepto que no sufrió modificaciones esenciales en el proyecto de 1882, y que es el antecedente his-

tórico de la nueva disposición del art. 1790 del Código vigente.

Concuerda dicho artículo, á más de los ya expuestos del Código Napoleón y del de Portugal, con el 1811 del de Holanda, el cual define el contrato aleatorio diciendo que «es un acto cuyos efectos, en cuanto á las pérdidas y ganancias, dependen de un acontecimiento incierto, ya sea respecto de todas las partes, ó sólo de alguna ó algunas de ellas». El Código italiano, en su artículo 1729, y la mayor parte de los americanos, siguen en esta materia la misma doctrina que el francés y el holandés.

Éste divide los contratos aleatorios en cuatro clases: el de seguros, el préstamo á la gruesa, la renta vitalicia y el juego y la apuesta; pero únicamente se ocupa dicho Código de la renta vitalicia y del juego y la apuesta (arts. 1812 á 1828), dejando, sin duda, para las leyes mercantiles ó especiales el contrato de seguro y el préstamo á la gruesa, como lo hace el francés.

En el Código civil del imperio alemán, vigente desde 1.º de Enero de 1900, no encontramos disposición alguna que determine por vía de definición ni por ninguna otra forma el concepto jurídico de los contratos aleatorios; pero en los títulos 16 y 17 de la sección 7.ª de su libro 2.º se regulan respectivamente el de la renta vitalicia en el primero de dichos títulos, y el juego y la apuesta en el segundo, únicos contratos de dicha clase de que se ocupa el Código. Y, por último, en general, para no hacer más larga esta detallada exposición, concuerda también el artículo que examinamos con el 1837 del Código de Guatemala, el 2051 del de la República Argentina, el 2162 del de Veracruz-Llave, el 2829 del de Méjico, el 1701 del de la Baja California y algunos otros, siendo, según ellos, los principales contratos aleatorios, admitidos en dichas legislaciones, los expuestos especialmente en nuestro Código civil, y además el préstamo á la gruesa ó riesgo marítimo, la sociedad de minas y la compra de esperanza, hallándose regulados en todos esos cuerpos legales de un modo muy análogo al establecido por el derecho español los tres que son objeto de las disposiciones del presente título.

CAPÍTULO II

Del contrato de seguro.

ARTÍCULO 1791

Contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles ó inmuebles asegurados, mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes.

ARTÍCULO 1792

También pueden asegurarse mutuamente dos ó más propietarios el daño fortuíto que sobrevenga en sus bienes respectivos. Este contrato tiene el nombre de seguros mutuos, y, cuando en él no se ha pactado otra cosa, se entiende que el daño debe ser indemnizado por todos los contratantes en proporción al valor de los bienes que cada uno tiene asegurados.

I. *Origen y sucesivo desenvolvimiento del contrato civil de seguro.*—Comienza el Código en estos artículos la regulación de las especies principales de los contratos aleatorios por el más principal y frecuente de ellos en la actualidad: el contrato llamado de seguros, expresión jurídica de la defensa económica ideada por los hombres contra los riesgos que le amenazan á él y á sus obras.

Todo hace creer que la primera forma histórica que revistió esta defensa fuera la segunda de las que el Código expresa. Su origen lógico es un razonamiento elemental: la repartición de los daños entre muchos para soportarlos mejor; razonamiento del que son capaces los pueblos primitivos, puesto que en ellos se encuentra la interesante institución del seguro llamado mu-

tuo, según las indagaciones de jurisprudencia etnológica vienen revelando.

Fundada sobre las especulaciones harto más complicadas que llevan al máximum de perfección los modernos actuarios (1), la primera variedad, por el orden en que el Código las dice, es mucho más reciente, sin que pueda precisarse tampoco, lo mismo que en la anterior, su país y tiempo.

«Los romanos—dice Chaufton, en su *Tratado de los seguros.*—tenían la noción precisa del riesgo que hace correr al propietario de una cosa la detención de ésta por un tercero que la transporta ó conserva en sus almacenes. Conocían también perfectamente el riesgo que nace de las obligaciones á término y condicionales y los riesgos del crédito que habían procurado conjurar mediante un sistema de garantías personales primero, de garantías reales después. Con su finura de análisis y su lógica acostumbrada, los jurisconsultos romanos sentaron los principios según los cuales debía soportarse la pérdida de la cosa debida.»

La institución del seguro á prima fija es, con todo, mucho más tardía, pues germina tan sólo hacia fines de la Edad Media y se desenvuelve en los tiempos primeros de la Edad Moderna al amparo de los usos y las leyes mercantiles, en la forma del seguro contra los riesgos del transporte por mar de las mercaderías. De tiempos del siglo XVI son los primeros tratados sobre el seguro: uno, del italiano Benvenuto Straccha; otro, del portugués Pedro Santerna. Mas tarde, el seguro se extiende á los riesgos de la propiedad territorial, y en 1696 se funda en Inglatera la *Hand-in-Hand,* la más antigua de las Compañías de seguros contra incendios, que desde 1836 se dedica también al ramo de seguros sobre la vida.

En la esfera económica—donde el seguro ejerce su doble acción reparadora y estimulante—, discútense las ventajas de cada una de las formas. La forma mutua es la más barata; la

(1) Así se llaman los profesionales de las Compañías de seguros de vida encargados de encontrar, en cada caso, la fórmula algebráica de la prima. Se les ha llamado—con razón—«los ingenieros del seguro».

forma fija, más segura, menos inquietante, puesto que en aquélla no puede preverse la extensión ni los términos de las indemnizaciones.

En la esfera jurídica, en cambio, puede decirse que la forma mutua es la propia del derecho civil, habiendo emigrado la otra entera ó casi enteramente á la jurisdicción de las leyes mercantiles. Así, el Código Napoleón, después de enumerar entre los contratos aleatorios el contrato de seguro, el préstamo á la gruesa, el juego y la apuesta y la renta vitalicia, declara que los dos primeros están regidos por las leyes marítimas (artículo 1964), aludiendo evidentemente, en cuanto al seguro, sólo al seguro marítimo; y tampoco el contrato de seguros figura en los Códigos civiles de Alemania, Italia, Portugal, etc., ni los comentaristas de estos cuerpos legales le recogen. Se encuentra, en cambio, en el Código civil de Guatemala, una reglamentación, la más completa del contrato de seguro en su forma fija (artículos 1866-1901). La mutua parece serle desconocida.

Por lo que á nuestro derecho toca, el art. 380 del Código de Comercio dice: «Será mercantil el contrato de seguro si fuese comerciante el asegurador y el contrato á prima fija, ó sea cuando el asegurado satisfaga una cuota única ó constante como precio ó retribución del seguro.»

De donde resulta que el alcance del derecho civil en el contrato de seguros, se limita:

1.° A la forma mutua entre cualesquiera personas.

2.° A la forma fija no siendo comerciante el asegurador.

Y como sin duda los casos de contratación en esa segunda forma han de ser escasos, la forma propia y usual es sólo la primera, constituyendo de ordinario—como escribe Costa—«una de las numerosas instituciones comunales antiguas que han llegado hasta nuestro tiempo, y que son un ejemplo elocuente de cuán admirablemente se adapta el derecho, lo mismo el público que el privado, á las condiciones de la vida, cuando no lo cohibe ó tuerce el poder supremo, movido por sugestiones doctrinales ó por un mal entendido personalismo». Costa se refiere, princi-

palmente, á las *Hermandades* para el seguro de ganado, frecuentes, sobre todo, en el Alto Aragón y en Galicia: en Aragón, obligándose los asociados á tomar, en proporción al número de reses que tengan inscritas ó á la parte que posean en una res, la carne de la vaca ó buey muerto de accidente ó enfermedad, al precio convenido de antemano, de manera que el total de cuotas venga á arrojar una cifra próximamente igual al precio del animal vivo; en Galicia, abonando al dueño de la res siniestrada el capital con que figuraba inscrita en el registro de la comunidad, deduciendo el producto de la piel, y en su caso de la carne, vendidas en el mercado público si lo hay en la localidad, ó por reparto entre los asociados en caso contrario.

Frecuente es también, y generalizada está en toda España, la asociación mutua contra incendios. Las mismas sociedades de socorros mutuos, cuyo número quizá se acerca en todo el territorio nacional á dos millares, pueden considerarse también como instituciones de seguros contra la enfermedad.

II. *Concepto jurídico de dicho contrato.*—Contrato de seguro es aquel en que una de las partes se obliga á responder, mediante cierto precio, del daño fortuíto que pueda sobrevenir sobre ciertos bienes determinados de la pertenencia del otro contratante.

El que responde del daño fortuíto se llama *asegurador;* el dueño de los bienes cuyo riesgo se asegura se denomina *asegurado,* y el precio que á aquél corresponde por el servicio que presta recibe el nombre de *seguro*, y más comúnmente de *prima*.

Excusado es decir que los bienes asegurados pueden ser muebles ó inmuebles, puesto que en nada afecta á la naturaleza del contrato la condición ó clase de los bienes á que se refiera, y aun también pueden ser materia del mismo los accidentes y hasta la vida de las personas.

Es aleatorio el contrato de seguro porque responde á uno de los dos fines que pueden tener todos los de esa clase. Según ha dicho un autor, los contratos aleatorios, ó tienen por objeto alcanzar un lucro incierto, pero probable, ó evitar un riesgo posi-

ble, y á la realización de este segundo fin obedece el de seguro en sus diversas especies.

Su utilidad no puede ponerse en duda, pues gracias á dicho contrato se han evitado males de suma consideración, resolviendo el problema de la indemnización de los perjuicios ocasionados á cualquiera de los asegurados que experimenta alguna de las catástrofes, por medio de las primas ó premios suministrados por los demás, proporcionándole el concurso de éstos una garantía positiva.

Hemos dicho que el contrato de seguro es el más frecuente y útil de los aleatorios ó de los llamados de suerte y azar, y sin embargo, en nuestro antiguo derecho carecía de preceptos que le regulasen en la legislación civil, pues sólo se encuentran algunos antecedentes de dicho contrato en los proyectos de Código de 1851 y 1882. Por lo general, todas las prescripciones que le regulaban estaban comprendidas en las Ordenanzas de los Consulados y luego en el Código de Comercio, que es lo que ocurre en la mayoría de las legislaciones, pues si bien el seguro cuenta muchos siglos de existencia, hasta el punto de encontrar algunos precedentes en la legislación romana (1), no adquirió verdadero desarrollo hasta que con el tiempo se fueron extendiendo las relaciones jurídicas y el comercio de los hombres, pues expuestas desde entonces las expediciones á multitud de accidentes y á los riesgos frecuentes de la navegación, hubo necesidad de idear el medio de evitar esos peligros, ó mejor dicho, las consecuencias de los mismos, naciendo primero el seguro marítimo, por ser la navegación por mar la más expuesta á tales desastres. Esto explica por qué muchas legislaciones se ocupan de este contrato en el derecho mercantil, prescindiendo del seguro en su parte civil. La nuestra regulaba también en el Código de Comercio este contrato, siendo objeto sus disposiciones de importantes reformas en el de 1885, conforme á las exigen-

(1) Leyes 1.ª, tít. 2.º, libro 22 del Digesto; 26, tít. 32, y 1.ª, tít. 33, ambos del Código, y Novela 110.

cias del progreso alcanzado por la institución en el transcurso del tiempo y del mayor desarrollo de la misma con las múltiples formas que la industria de los hombres y su previsión ha ido creando sucesivamente.

Pero si bien ha sido materia reservada durante cierto tiempo al derecho mercantil, no quiere decir que no tenga este contrato su vida civil. Por el contrario, ejemplos numerosos se presentan en la práctica de contratos civiles de esta clase, pues en vista de los beneficiosos resultados del seguro marítimo, se idearon posteriormente otras diversas especies de dicho contrato para evitar los daños á que en el orden civil pueden estar expuestas las cosas y las personas por accidentes ó por multitud de casos fortuítos, y así existen seguros contra incendios, contra inundaciones, pedriscos y otros riesgos más ó menos frecuentes y probables, seguros sobre la vida, etc., etc., llevándose en sus diferentes y múltiples combinaciones á los límites más extremos las garantías posibles para sujetar las eventualidades del azar y de la suerte.

En vista de ello, los tratadistas incluían el seguro entre las instituciones del Derecho civil, resolviendo con arreglo á los principios generales de la contratación civil ó por analogía con otros contratos las cuestiones que acerca del mismo pudieran suscitarse, y sólo á falta de esas bases hacían aplicación de las disposiciones del Código de Comercio para suplir las deficiencias de dicha legislación. Por eso los autores del Código procedieron con gran acierto al establecer el presente capítulo dando expresamente entrada en la legislación civil al contrato de seguro, fijando á la vez su doctrina y estableciendo concretamente la ley que debe regirlo.

Al proceder de este modo, se ajustaron á las instrucciones conferidas á los mismos por la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, y especialmente por la 26.ª de la misma, trayendo al nuevo cuerpo legal los desenvolvimientos de la legislación hasta entonces vigente, consagrados por la jurisprudencia y por la ley Hipotecaria, la cual, como es sabido, reconoció existencia civil

al contrato de seguro, concediendo determinados beneficios por consecuencia del mismo á favor de los aseguradores.

En efecto, el art. 108 establece hipoteca legal en favor de aquéllos sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y si fuese mutuo, por los dos últimos dividendos que se hayan hecho. Y completa la ley dicho beneficio disponiendo en su art. 220 que mientras no se devenguen los premios de esas dos anualidades ó, en su caso, los dos dividendos indicados, tendrá preferencia sobre los demás el crédito del asegurador. Es decir, que éste goza de un privilegio que no tienen otros contratantes, y que según ha dicho un autor es doble: 1.º, porque durante el transcurso del tiempo expresado, es preferido aun á los acreedores hipotecarios con título inscrito sin estarlo el suyo; y 2.º, porque puede al cabo de ese tiempo convertir una obligación meramente personal en crédito hipotecario, toda vez que el art. 221 de dicha ley le autoriza para solicitar la constitución de hipoteca especial después de transcurridos los plazos indicados por los premios de las dos citadas anualidades, y los dos últimos dividendos ya dichos, devengados y no satisfechos, si bien no surtirá efecto esa inscripción, sino desde la fecha de la misma.

Ventajas tales se concedieron en dicha ley para procurar el fomento de las Compañías é instituciones consagradas al desarrollo y realización del contrato de seguro, pero subsisten á pesar del considerable desenvolvimiento que aquéllas han tenido y de haber cesado, por lo tanto, la razón de ese privilegio contrario al espíritu y á las doctrinas modernas de la contratación.

De la definición del contrato de seguro dada por el primero de los artículos objeto de este comentario, se deduce que la responsabilidad alcanza hasta el caso fortuíto, pero no el daño intencional, y no puede menos de ser así, porque lo contrario estaría en pugna con la naturaleza de los contratos aleatorios, toda vez que el daño intencional no depende del azar, sino de la voluntad del individuo que da origen al mismo. Además, con ello se daría lugar á la posibilidad de grandes abusos y se faltaría

á la condición esencial é indispensable para la legitimidad y validez del contrato, según ya hemos dicho, de que el riesgo sea desconocido para las dos partes contratantes.

La índole misma de las convenciones propias del seguro, exigen que se consignen por escrito, ya sea éste público, ya privado, debiendo precisarse en él determinadas circunstancias; pero al ocuparnos del art. 1793 trataremos de ello, prescindiendo de hacerlo al presente para evitar repeticiones. Baste, pues, la indicación hecha, por lo que se contrae al concepto y á la naturaleza de este contrato.

Dos son las formas ordinarias y generales del mismo: la mutua y la de prima fija. Á esta última se refiere el art. 1791, y á la primera de las indicadas el 1792.

En la forma mutua los dos contratantes son propietarios y se aseguran recíprocamente sus bienes; y, por el contrario, en el seguro á prima fija sólo una de las partes tiene el carácter de asegurado, y la otra se obliga tan sólo á la responsabilidad del riesgo, siendo la única que figura en el contrato en el concepto de asegurador.

El seguro mutuo tiene el carácter de una sociedad civil para un objeto determinado, y se utiliza con frecuencia entre los propietarios de fincas urbanas para hacer más llevaderos los efectos de los incendios, distribuyendo entre todos el daño causado por el siniestro, puesto que entre todos se obligan á repararlo indemnizando al siniestrado. Es común, como hemos dicho, entre labradores para determinados riesgos de la vida agrícola, y lo es también para otros fines de la vida, siendo la nota característica del mismo el que esa obligación que el asegurador contrae no la toma á su cargo por precio ó interés inmediato, sino por el único móvil de ser indemnizado á su vez en el caso de sufrir alguno de los accidentes asegurados por la sociedad.

En el seguro á prima fija el interés, el lucro, la ganancia, es la causa de la obligación del asegurador, y cuando éste es comerciante ha de regirse por las prescripciones del Código de Comercio, pues realmente viene á confundirse este contrato con

los mercantiles, distinguiéndole tan sólo la condición de las personas contratantes ó los efectos ú operaciones objeto del seguro.

Ese precio mediante el que toma el asegurador á su cargo el riesgo asegurado, puede ser fijado libremente, pues el art. 1791, en sus últimos términos, establece una absoluta libertad en la fijación del mismo; libertad cuya justificación no puede ponerse en duda, pues está conforme con los principios que sirven de base en la actualidad á la teoría de la contratación y á la buena doctrina sobre la misma, porque tratándose de contratos consensuales todo debe depender en ellos de la voluntad, y ésta debe ser la ley para las partes ante todo, y con más motivo en los de seguro, contratos aleatorios por esencia, en los que se reconoce como su causa y fundamento la incertidumbre y el peligro.

Esa misma libertad existía en la legislación romana en cuanto al contrato *pecunia trajectitia*, en que muchos creen encontrar el origen de los seguros, y más aún del préstamo á la gruesa. Después se redujo á la usura *centésima*, ó de 12 por 100 al año, que era la más fuerte entre las legítimas.

En los seguros mutuos, cuando no se hubiere pactado otra cosa, el daño debe ser indemnizado por todos los contratantes *en proporción* al valor de los bienes que cada uno tiene asegurado, ó sea con arreglo al beneficio que en la Sociedad pueden reportar los socios de esa Sociedad civil constituída para el seguro, lo cual está conforme con lo que expusimos al ocuparnos del contrato de Sociedad (1). Resulta, pues, justo y acertado el precepto del art. 1792, que establece esa proporcionalidad en dicha clase de seguros.

III. *Concordancias.*—El art. 1791 concuerda con el 1288 y el 1289 del Código civil de Austria. Definiendo el primero de ellos el contrato de seguro, dice: «Si asumiendo alguno el riesgo de un daño que pueda ocurrir á otro sin culpa suya, le promete por una determinada prima la indemnización convenida, nace de

---

(1) Véase el comentario del art. 1689.

esto el contrato de seguro, en virtud del cual el asegurador es responsable del daño accidental y el asegurado de la prima convenida.» Como se ve, el precepto es en su esencia igual, si bien en él se cuida de hacer expresa mención de que el daño objeto del seguro ha de ser el que pueda sobrevenir sin culpa del asegurado, excluyendo por lo tanto el intencional; extremo que no ha considerado preciso nuestro Código, porque ya está implícitamente comprendido en la naturaleza del contrato y porque, además, clara y terminantemente se previene en el art. 1791, que el daño de que responde el asegurador es el *fortuíto*. Carecen, pues, de fundamento las censuras hechas á nuestro Código por esa omisión.

En el 2.º de los artículos citados del Código austriaco, se establecen las cosas que pueden ser objeto de este contrato, haciéndole extensivo á las mercaderías transportadas por agua ó por tierra, y á las demás cosas susceptibles de ello, «como, por ejemplo, las casas y las fincas rústicas contra los riesgos de incendios, inundaciones y otros análogos». Resulta, pues, mucho más preciso y concreto nuestro Código al establecer como objeto del seguro el daño que sobrevenga en los bienes *muebles* é *inmuebles*.

Concuerda también el art. 1791 con el 1979 del Código de Veracruz-Llave; el 1866, del de Guatemala; el 2833 y el 2871, del de Méjico; el 2705 y el 2743, del de la Baja California, y algunos otros. Cierta analogía con el mismo presenta el 1538 del Código de Portugal; y en otros, como el del Uruguay (art. 2188), y el de Chile (artículo 2258), después de comprender en la exposición de los principales contratos aleatorios los seguros, no se trata de ellos á continuación como debiera, pasándose desde luego al juego y apuesta, y á la renta vitalicia por estar regulados aquéllos por disposiciones especiales.

El art. 1792 tiene alguna concordancia en la forma ya indicada en cuanto á la determinación de los bienes objeto del seguro con el 1289 del Código de Austria, y concuerda además con el 2850 y el 2851 del de Méjico, el 2722 y el 2723 del de la Baja California y con otros varios.

ARTÍCULO 1793

El contrato de seguro deberá consignarse en documento público ó privado, suscrito por los contratantes.

ARTÍCULO 1794

El documento deberá expresar:

1.º La designación y situación de los objetos asegurados y su valor.

2.º La clase de riesgos cuya indemnización se estipula.

3.º El día y la hora en que comienzan y terminan los efectos del contrato.

4.º Las demás condiciones en que hubieran convenido los contratantes.

El contrato de seguro es de aquellos que se llaman consensuales, porque se perfeccionan sin otro requisito que el consentimiento de las partes. El uso, no obstante, le ha adicionado la forma escrita por la necesidad de precisión de cosa, de riesgo y de plazo que el contrato requiere por su propia naturaleza.

Así lo ordena también el art. 1793, primero de los que hemos agrupado en este comentario, disponiendo terminante y preceptivamente que el contrato deberá consignarse en documento público ó privado suscrito por los contratantes. La generalidad de sus términos no admite excepción alguna, y por lo tanto, en todos los casos será requisito preciso é indispensable para la eficacia de dicho contrato su otorgamiento por escrito.

Este precepto, que desde luego puede calificarse como de buen sentido, es de suyo tan claro que no necesita comentario ni justificación alguna, pues si siempre es conveniente hacer constar por escrito todos los contratos para evitar dudas y cuestiones, y á esto tiende en su última parte la base 19 de la ley de 11 de Mayo de 1888, mucho más ha de serlo en el de seguro, que tanta transcendencia tiene y en el que por su índole especial se hace más indispensable dicho requisito.

Encontramos, pues, acertada la prescripción del art. 1793, que parece tomada en su esencia del art. 382 del Código de Comercio en relación con el 737 del mismo, cuyo Código, como hemos dicho anteriormente, es el único antecedente legal que en nuestro derecho positivo tiene el contrato de seguro.

La ley deja al arbitrio de las partes la solemnidad del documento y se limita á dar una reseña del contenido. En esta enumeración, puede creerse que hay algo que falta y algo que sobra. Lo que parece faltar, se advierte comparando el art. 2.º de los dos agrupados, con el 383 del Código de Comercio. Nótase, en efecto, la omisión de los nombres de los contratantes del concepto en que aseguran, y de los seguros que pueden ya existir sobre los mismos objetos. De estos requisitos, unos son naturales é inherentes á todo contrato, y otros sólo deben expresarse en casos determinados, no siempre, por cuyo motivo se omiten en el art. 1794, destinado exclusivamente á la determinación de aquellas circunstancias que en todo caso son esenciales y peculiares del contrato de seguros. En cambio, puede desde luego estimarse sobrante el último requisito, repetido también en el artículo similar del Código de Comercio; supuesto que no es sino una aplicación particular del principio según el cual la voluntad de las partes tiene entre ellas fuerza de ley, verdadero *leitmotiv* en la esfera de la contratación que la acompaña continuamente de un modo latente y tácito, después que una vez se ha afirmado expresamente.

En la forma fija del seguro el documento en cuestión llámase *póliza*. En la forma mutua, de ordinario la sociedad se constituye en Asociación civil, según las formalidades de la ley de 30 de Junio de 1887; esto es, previa presentación de sus estatutos al Gobierno civil de la provincia, estableciendo luego en sus registros y libros las relaciones interiores de los socios.

Concordancias.—Concuerda en cierto modo el primero de los dos artículos objeto de este comentario con el 1868 del de Guatemala, con el 2835 del de Méjico, con el 2707 del de la Baja California, con el 2835 del de Campeche y con algunos otros. De to-

dos ellos, el más explícito es el de Méjico, el cual consagra todo el capítulo 2.º del título 17 de su libro 3.º al contrato de seguro que regula ampliamente, estableciendo en su art. 2835 ya citado el precepto de que es nulo dicho contrato si no se otorga en escritura pública.

El art. 1794 á su vez concuerda con el 1872 del Código de Guatemala, con el 2711 del de la Baja California, y con los artículos 2839 y 2870 del de Méjico, el primero de los cuales exige que se designen específicamente en la póliza los bienes asegurados y el acontecimiento de que responde el asegurador, y el segundo que se haga expresión en ella del precio del seguro y de la suma de la indemnización.

ARTÍCULO 1795

Es ineficaz el contrato en la parte que la cantidad del seguro exceda del valor de la cosa asegurada, y tampoco podrá cobrarse más de un seguro por todo el valor de la misma.

En el caso de existir dos ó más contratos de seguro para el mismo objeto, cada asegurador responderá del daño en proporción al capital que haya asegurado, hasta completar entre todos el valor total del objeto del seguro.

El seguro es un acto de reparación; convertirle en acto de especulación le desnaturalizaría. De aquí estas dos disposiciones prohibitivas del Código contenidas en uno solo de sus artículos: primera, no se podrá cobrar más de un seguro por todo el valor de la cosa; segunda, es ineficaz el seguro en la parte que la cantidad del seguro exceda del valor de la cosa asegurada.

Todavía veremos en el artículo final del capítulo dedicado al contrato de seguro (art. 1797), un corolario tercero del principio mismo de que estos dos se desprenden.

Sanción perfecta de ellos encuentra en la variedad mutua del seguro la circunstancia de la dualidad de aspectos (como asegurador y como asegurado) en que entra todo contratante;

la cual le pone en esa posición meramente reparadora, y convierte el contrato en una expresión moral de la idea de cooperación entre los hombres. Más difícil de obtener esta sanción en la variedad fija, préstase á abusos que entran en la esfera del dolo penal (conocido es, por ejemplo, el delito de incendio por lucro de la cosa asegurada). Las Compañías, en defensa contra ellos, han debido recargar el importe de la prima, aumentando á ella el coeficiente de las indemnizaciones indebidas, y repartiéndole entre todos sus asegurados, lo mismo los de buena fe que los malévolos.

Este artículo de nuestro Código carece de concordantes literales en los Códigos extranjeros. El precepto suyo, sin embargo, es propio del espíritu de la institución en todos los lugares y los tiempos.

La doctrina en él establecida guarda perfecta conformidad con la sustentada en los arts. 399 y 400 del Código de Comercio, teniendo también precedentes en los preceptos de los artículos 397 y 747 y siguientes del mismo cuerpo legal, y el fundamento jurídico de la disposición que examinamos consiste en la equidad, la cual debe presidir en todo contrato, y más en estos en que el azar es tan manifiesto.

Por eso, aunque á primera vista parece que está en contradicción con la libre voluntad de las partes contratantes, esa limitación impuesta á la eficacia del contrato en cuanto exceda la remuneración pactada al valor de la cosa asegurada, rectamente apreciada resulta sumamente acertada tal disposición, pues evidentes razones de equidad aconsejan que la eficacia del contrato dependa de la proporcionabilidad entre el precio del seguro y el valor de la cosa asegurada para evitar abusos, pues lo contrario implicaría un pacto inmoral en el fondo, que es impropio de la naturaleza del contrato de seguros, porque, como hemos dicho antes, el fin del mismo es un acto de reparación del daño causado, y no debe convertirse el mismo en objeto de explotación.

No sucede lo mismo en la legislación mejicana, pues, como

puede verse en el art. 2852 del Código civil de dicha nación, el asegurador está obligado á pagar la indemnización estipulada en los términos convenidos sin que pueda alterarla él ni tampoco el asegurado por el mayor ó menor valor que pueda tener la cosa perdida, y, por lo tanto, no podría prosperar cualquiera reclamación que se hiciera por exceso en la cuantía de la suma fijada para la remuneración del daño asegurado en el caso de que fuera mayor dicha suma que el valor real de la cosa objeto del contrato.

ARTÍCULO 1796

Cuando sobreviniere el daño, debe el asegurado ponerlo en conocimiento del asegurador y de los demás interesados en el plazo que se hubiese estipulado; y en su defecto en el de veinticuatro horas, contadas desde que el asegurado tuvo conocimiento del siniestro. Si no lo hiciere, no tendrá acción contra ellos.

La disposición contenida en este artículo tiene sus precedentes en el 404 y en el 765 del Código de Comercio, y análogo precepto estableció en su art. 1698 el proyecto de Código de 1851, si bien en él se fijó para en todo caso el plazo de tres días para hacer la notificación ordenada por el mismo, y además se previno expresamente que la prueba de haber ocurrido el daño por caso fortuíto y sin culpa del que lo experimentó incumbía á éste, obligándole así á hacer la prueba negativa contra todas las reglas que informan la teoría y la doctrina corriente en materia probatoria, puesto que al asegurador correspondía con arreglo á los buenos principios la prueba de que dicho daño había sobrevenido por culpa del asegurado, toda vez que esa afirmación constituye la excepción opuesta á la acción nacida del contrato á favor del mismo para exigir el cumplimiento de la obligación contraída por la parte aseguradora.

Ese mismo plazo de tres días lo establecía también el art. 1290 del Código civil de Austria, que tan presente se tuvo en la formación de dicho proyecto; pero dicho término es aplicable tan

sólo, en la legislación citada, para el caso en que el asegurador se encuentre en la misma localidad, pues si así no fuera, entonces el plazo para tal notificación se amplía con arreglo al artículo 862 de dicho Código por el espacio de tiempo necesario para mandar dos veces la respuesta. Además se impone al asegurado, en el expresado art. 1290, la obligación de probar el caso fortuíto, disponiéndose en él, como en el artículo objeto de este comentario, que si aquél no hiciera la notificación prevenida ó no pudiera probar el caso fortuíto, no tendría derecho á la indemnización prometida. Lo mismo sucedería si el asegurador pudiera probar que el daño sobrevino por culpa del asegurado.

El Código mejicano, en su art. 2863, amplió dicho término á seis días, siendo la misma la sanción en el caso del incumplimiento del deber impuesto al asegurado, y además estableció en el artículo 2864 que incumbe al que experimenta el daño la prueba de que sobrevino por caso fortuíto y sin culpa suya.

Nuestro Código, más conforme con la buena teoría sobre la prueba, no ha establecido disposición alguna en el sentido indicado, sometiendo, por lo tanto, la obligación de la prueba en esta materia á las reglas generales. Y en cuanto al plazo para hacer la notificación al asegurador, le reduce á un término brevísimo cual corresponde al fin á que obedece dicha diligencia.

El precepto del artículo que examinamos responde á la necesidad de que cuanto antes sea conocido del asegurador el daño, para que pueda ser tasado el mismo antes de que lleguen á alterarse sus condiciones y circunstancias. Y no sólo es conveniente esa brevedad para el conocimiento del siniestro por todos los contratantes para los efectos de la tasación, sino que además resulta indispensable para la más fácil depuración de las causas que hubieren dado origen á él, pues antes de que puedan desaparecer las huellas del siniestro, es como puede averiguarse si realmente es tal y si obedece á un verdadero caso fortuíto el daño experimentado, ó si, por el contrario, depende de culpa alguna por parte del asegurado ó de cualquiera otra persona que sea responsable del mismo.

Es este un artículo puramente adjetivo, que no ha menester de comentario. El asegurado debe al asegurador la notificación del acaecimiento del riesgo, si quiere conservar su acción.

¿Cómo y cuándo?

Ante todo, según sucede siempre en materia contractual, en el plazo y en la forma que las partes hayan convenido.

Para cuando no haya convenio sobre estos puntos, el Código declara cuándo el asegurado habrá de notificar el daño al asegurador y demás interesados, á saber: en el plazo de veinticuatro horas contadas desde que tuvo aquél conocimiento del siniestro; pero no declara de qué manera habrá de hacer la notificación que sea suficiente para la conservación de su derecho. En el Código de Comercio no hay tampoco disposiciones sobre esto que pudieran servir para una inducción supletoria.

Dado este silencio, es lícito suponer que cualquiera seria comunicación (verbal entre presentes; oral [telefónica] ó escrita [gráfica y telegráfica], ó por mandatario acreditado entre los ausentes), entendiendo por tal la que se hace invocando la ley, habría de satisfacer al asegurador, y es bastante para mantener la integridad de derecho del asegurado.

Sin embargo, como el obligado á la indemnización pudiera negar el hecho del aviso ó notificación, requisito indispensable para la subsistencia de la acción, podría sufrir indudables perjuicios el asegurado si no pudiera hacer la prueba del mismo, por no haber tenido cuidado de llevarle á efecto en forma auténtica y eficaz. Por eso, cuando en el contrato de seguro no se pacte especialmente la forma en que deba hacerse la notificación citada, convendrá llevarla á efecto en condiciones tales, que sea fácil en todo tiempo la justificación del cumplimiento de dicho deber. Para no insistir en indicaciones ya hechas ni incurrir en repeticiones inútiles, nos remitimos á lo que tenemos expuesto para casos análogos.

Concordancias.—A más de los artículos que hemos citado de los Códigos de Austria y Méjico, concuerdan con el 1796 del nuestro, el 2165 del de Veracruz-Llave, el 2735 del de la Baja

California, el cual, como el de Méjico, señala un plazo de seis días para el aviso. Lo mismo sucede en el art. 2863 del de Campeche.

En la generalidad de los Códigos extranjeros no se encuentran reglas especiales acerca de la materia, por estar reservada ésta á las leyes mercantiles.

Tampoco el Código de Guatemala—uno de los pocos, lo repetimos, que reglamenta, en el orden civil, el contrato de seguro—hay más disposición que la del plazo para la notificación del siniestro. Este plazo se eleva á tres días cuando asegurador y asegurado están en distintos lugares.

ARTÍCULO 1797

Es nulo el contrato si, al celebrarlo, tenía conocimiento el asegurado de haber ocurrido ya el daño objeto del mismo, ó el asegurador de haberse ya preservado de él los bienes asegurados.

He aquí la última aplicación del principio que decíamos al comentar el art. 1795.

Como el contrato de seguro tiene por fin la previsión de un daño incierto que repara al acaecer, la ley conmina con la nulidad de los que se celebraren contra esta condición, á saber: teniendo conocimiento el asegurado de haber ocurrido ya el riesgo, ó el asegurador de haberse ya preservado de él los bienes asegurados. Compréndese que la especulación es tanto más fácil y probable cuanto más rápidas se hacen las comunicaciones.

El artículo, pues, viene á decir en sustancia, que el riesgo del seguro ha de ser á la vez, incierto, objetiva y subjetivamente; de modo, que no sólo ha de ser probable, sino desconocido.

Siguiendo el precedente del proyecto de 1851 (art. 1699), y acomodándose al espíritu de la legislación mercantil, trunca así una cuestión, que algún autor quisiera ver resuelta en el sentido de que siempre se exigiera la certidumbre del riesgo, de modo que cuando éste dejara de amenazar se extinguiera también naturalmente el contrato.

La disposición del artículo que examinamos es tan clara y á la vez tan justa, que no requiere comentario alguno. Su objeto es evitar fraudes y se inspira en la buena fe que debe existir siempre en esta clase de contratos, pues lo contrario constituiría el dolo, que es una de las causas de nulidad de todas las convenciones. Y tan esencial es ese requisito de la incertidumbre del daño, que su falta no podría menos de imponer la nulidad del contrato por la mala fe de la parte que contratase sabiendo que había sobrevenido ya el siniestro que se tratase de asegurar, ó que á la sazón se habían preservado del mismo los bienes asegurados. No existiría, en efecto, en dicho caso ninguno de los requisitos esenciales para la validez del contrato, pues no existiría el consentimiento válido por estar viciado por el error, ni el objeto del mismo ni la causa de la obligación, y por lo tanto, resultaría ineficaz.

Pero si hubo buena fe por parte de los contratantes, ignorando éstos que ya había ocurrido el daño que se temía, ó que se habían preservado ya de él los bienes que se trataba de asegurar, ¿sería válido el contrato?

Comentando Goyena el art. 1699 del proyecto de Código de 1851, sostiene la afirmativa en esta cuestión, fundándose para ello en que la suerte y la incertidumbre son la parte esencial de estos contratos, y en el caso supuesto una y otra son iguales para ambos contrayentes. Sin embargo, no todos los autores están conformes con dicha opinión, pues algunos, comparando este caso con el de compraventa de cosa que no existe, creen que debe ser nulo.

Nuestro Código civil concuerda en este punto con la doctrina mantenida por el de Comercio, y no ha podido aceptar el criterio de la nulidad en el supuesto indicado, porque si bien es cierto que no hay absoluta falta de equidad en dicha solución, no puede prescindirse de la consideración importantísima de que en dicho caso no corresponde la culpa á ninguno de los contratantes.

Igual doctrina establece el Código mejicano, el cual, en su artículo 2869, expresamente dispone que si hubo buena fe é

igual ignorancia de parte de los dos contrayentes, valdrá el contrato, aunque al tiempo de celebrarlo hubiese perecido ya la cosa objeto del seguro ó estuviése en salvo.

Cuando la culpa dependa de un tercero, ¿cuál será la justa solución? Si ese tercero estuviera en el deber de avisar de modo que la noticia hubiese podido llegar á conocimiento de alguna de las partes antes de contraer el seguro, puede caber acción contra él. Mas desde luego se comprende que tratándose de una cuestión de hecho, toda solución tiene que depender del resultado que ofrezcan las pruebas sobre la ignorancia del siniestro por dichas partes.

Concordancias.—El artículo que examinamos concuerda casi literalmente con el 2868 del Código de Méjico. Análogo precepto establece la legislación austriaca en el art. 1291 de su Código civil, según cuyo artículo, «es nulo el contrato de seguros si al hacer dicho contrato sabía ya el asegurado que la cosa había perecido, ó el asegurador que ya no corría riesgo».

Concuerda también dicho artículo con el 1873 del Código civil de Guatemala, con el 2167 del de Veracruz-Llave, con el 2740 del de la Baja California y el 2868 del de Campeche, en todos los cuales se ve la misma tendencia de seguir los principios anteriormente sentados relativos á toda convención, y en su virtud, para que sea válido y eficaz el expresado contrato de seguros sería indispensable que hubiera consentimiento libre y espontáneamente manifestado y además objeto lícito y causa válida, y faltando todos esos requisitos en el caso á que se refiere el art. 1797 de nuestro Código y en los equivalentes ó concordantes de las legislaciones citadas, convienen todas ellas en estimar nulo el contrato celebrado en dichas circunstancias.

En el Código alemán, y lo mismo en el francés, en el belga y en el italiano, no se encuentra disposición análoga; pero dentro de dichas legislaciones la doctrina es la misma.

CAPITULO III

Del juego y de la apuesta.

Desde el punto de vista jurídico, el juego y la apuesta aparecen como contratos en que se arriesga la adquisición ó la pérdida de un valor económico, haciéndolas depender de un suceso incierto.

Esto es lo que ambas especies tienen de común. Mas ¿cuál es, entre sí, su diferencia?

Diversas hipótesis se han expresado para diferenciar el juego de la apuesta.

Según unos, la apuesta expresa una diversidad de opiniones entre las partes, en tanto que el juego no la expresa.

Según otros, el juego es juego; obedece á una mera especulación; la apuesta, á la solución de una duda. Mientras que los más opinan que el juego se refiere siempre á un acontecimiento futuro, y la apuesta á un acontecimiento pasado.

Hay en esta última manera de ver una aproximación mayor. Sin embargo, la concepción romana es, tal vez, la que más llega á la medula de las cosas. Si las partes desempeñan un papel activo en el acontecimiento, se trata de juego; si, por el contrario, su actitud ante el acontecimiento que ha de resolver el hecho es de pasividad, hay apuesta.

Con todo, ¿no llamamos «juego» y «jugada» de Bolsa á lo que depende de sucesos extraños á las partes, en los que ellas no toman parte activa? Viceversa, ¿no llamamos «apuesta» á la de casarse ó no casarse, por ejemplo, que depende de actos de una, al menos, de las partes?

Esto nos dice varias cosas, á saber:

1.° Que hay, quizá, en estos y otros casos un defecto adquirido (inversión, cambio) en el lenguaje ordinario.

2.º Que la distinción todavía ha de completarse para que las formas de las dos especies se perfilen enteramente.

3.º Que, en definitiva, cuanto más se analiza se borran las diferencias.

Ateniéndonos á la segunda conclusión, todavía se podría decir que si, á veces, en la apuesta se muestra cierta actividad para la producción del éxito, ésta es siempre unilateral de una sola de las partes, mientras que el juego implica necesariamente una actividad bilateral, mutua.

De suerte que, en resolución, llegamos á estas definiciones:

Juego.—Contrato por el cual se arriesga un valor económico á un acontecimiento (el éxito), á cuya producción participan ambas ó todas las partes.

Apuesta.—Contrato por el cual se arriesga un valor económico á un acontecimiento que no depende de la acción de las partes, ó que depende de la acción de una ó más, pero no todas.

No es de olvidar que estas dos formas pueden presentarse, no sólo aisladas y puras, sino también en otras varias relaciones, á saber:

1.º Agregadas (juegos acompañados de apuestas).

2.º Mezcladas (acto aleatorio mixto de juego y apuesta).

3.º Larvadas ó disfrazadas, fingidas (seguro sobre la vida, renta vitalicia, operación en Bolsa, ocultando verdaderas apuestas).

Como veremos por el examen de los cuatro artículos que comprende el presente capítulo, nuestro Código, si bien no tan esplícito como el derecho antiguo, se ha inspirado en el mismo principio de evitar que el juego y las apuestas, que dentro de ciertos límites pueden ser lícitos y hasta convenientes en determinados casos, lleguen á convertirse en un mal social por sus perniciosas consecuencias. En general, sus disposiciones son justas y acertadas, y no puede menos de merecer aplauso la prohibición que resulta de los términos del último de los artículos citados, de que aun en los juegos lícitos se crucen cantidades ó apuestas excesivas á juicio de los Tribunales, facultando á éstos

para desestimar la demanda en tales casos, y hasta para reducir el importe de la obligación, porque de otro modo podrían convertirse en juegos aun peores que los prohibidos.

Cierto es que carecen ya de objeto en un Código civil muchas de las disposiciones restrictivas de la legislación anterior por haber pasado al Código penal la materia objeto de las mismas; pero en lo que es puramente de orden civil, y como tal se conserva en el nuevo cuerpo legal, resulta éste más tolerante, como concesión hecha á las ideas generalmente reinantes acerca de las pretendidas deudas de honor. No concede acción para reclamar lo ganado, pero niega la reclamación de lo perdido y satisfecho.

Con estas ligeras indicaciones podremos ya pasar al estudio de cada uno de los artículos antes mencionados.

ARTÍCULO 1798

La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite ó azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, á no ser que hubiese mediado dolo, ó que fuera menor, ó estuviera inhabilitado para administrar sus bienes.

ARTÍCULO 1799

Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable á las apuestas.

Se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos.

ARTÍCULO 1800

No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras á pie ó á caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza.

ARTÍCULO 1801

El que pierde en un juego ó apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente.

La Autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego ó en la apuesta sea excesiva, ó reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

En estos cuatro artículos se determinan y regulan todos los efectos jurídicos del juego y de la apuesta, equiparando ésta á aquél por razón de su naturaleza. La relación y enlace de dichas disposiciones legales es tal, que en su análisis aislado se dificultaría la exposición y explicación del precepto consignado en cada uno de ellas, á no incurrir en repeticiones que en dicho caso serían necesarias sobre el fin y el motivo de las mismas. Por eso las examinamos juntas aun á riesgo de dar á este comentario mayor extensión que á los anteriores, y para procurar la debida claridad en el mismo nos ocuparemos con separación de la razón legal ó fundamento jurídico de dichas disposiciones, del concepto que en el curso sucesivo de la historia ha merecido del legislador la materia objeto de las mismas, del derecho vigente y de su recta inteligencia, y, por último, estableceremos las concordancias que con las disposiciones indicadas se registran en los principales Códigos europeos.

I. *Fundamento jurídico de los artículos de este capítulo.*—Siendo el juego un contrato bilateral aleatorio en el que se conviene que el que pierda pague al que gane una cosa determinada, desde luego se comprende la suma facilidad con que puede caerse por este medio en una inmoralidad grave y que revista los caracteres de ilícito aun ante el sentido más amplio del derecho. Este es el vicio del juego que todas las legislaciones han tratado de corregir, prohibiendo el juego en determinadas circunstancias y diputándolo entonces como delito perseguible de oficio.

Si es ó no artificial ese delito; si debe tolerarse el juego aun-

que reglamentándolo para evitar sus perniciosas consecuencias, ó si, por el contrario, debe castigarse en más ó menos amplia esfera, no hemos de discutirlo ahora, pues á nuestro propósito basta con referirnos al derecho positivo, partiendo como base de nuestro estudio de las declaraciones y prescripciones del mismo.

Según algunos, todo juego es ilícito, en rigor de doctrina y de pensamiento, porque aun en aquellos en que el azar no existe, estando sustituído por la habilidad ó por la fuerza, deben llevarse á efecto sin interés ó sea sin fiar á ellos el cambio de riquezas, el cual no tiene relación alguna con el juego mismo, sino que es un agregado á él. «Económica y jurídicamente hablando, dicen, son ilícitas y perniciosas las adquisiciones que de él proceden, y, por lo tanto, el legislador no puede protegerlas.» «La ambición del hombre, el desmedido afán de adquirir las riquezas materiales, invocando á la suerte, que caprichosamente despoja á unos de sus bienes para conferírselos á otros que no tienen más merecimientos que el de ser esclavos de sus pasiones, constituye un justo motivo de alarma para las familias, cuya tranquilidad y bienestar se encuentran muchas veces á merced de un azar cualquiera» (1). En este concepto se ha dicho que al establecer el Código el juego y la apuesta como elementos básicos de contratos aleatorios, viene, con sus prescripciones relativas á los mismos, á sancionar como legítimo lo que prohibido está por la ley.

Sin embargo, no es posible llevar tan en absoluto el rigor de las ideas y prohibir en todo caso el juego por ser juego, pues en algunas determinadas condiciones no traspasa los límites de lo lícito y en otras puede ser de utilidad indiscutible. Lo que la ley castiga y debe castigar es el abuso, es que se le tome como pretexto para inmorales y ambiciosas negociaciones, pidiendo á la suerte y al azar el éxito de tales propósitos.

Por eso todas las legislaciones han distinguido entre juegos

(1) *Colección de las Instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos*, tomo 13, págs. 781 y 782.

permitidos y prohibidos, tratando de reprimir estos últimos; y si bien es difícil ó casi imposible extirparlos de raíz, algo puede conseguirse, por lo menos en ese sentido, con las disposiciones del presente capítulo, pues es indudable que aparte de las del Código penal que castigan como delito determinados juegos y con independencia de ellas, ha de contribuir eficazmente á contenerlos en sus justos límites la privación de acciones consignada en las mismas.

La primera distinción que la ley hace de los juegos es la que los clasifica en juegos de suerte ó azar y envite y juegos en que interviene como primer y principal elemento la destreza, la fuerza ó cualquiera otra cualidad personal de los jugadores. Los primeros se llaman ilícitos y se consideran prohibidos por regla general; los segundos se denominan lícitos y para ellos no hay prohibición mientras la cuantía del interés no sea excesiva ó superior á los usos de un buen padre de familia. Distinción que resulta en extremo acertada, así como la disposición plausible del art. 1801, que procura no se crucen en el juego cantidades ó puestas crecidas facultando á los Tribunales para no estimar la reclamación ó la demanda en dicho caso y aun para reducirlas cuando fueren excesivas á su juicio.

Cierto es que en cuanto á los juegos lícitos el Código no determina la cuantía de los tantos permitidos ni de la cantidad total que puede ser objeto del juego, como hacía la Novísima Recopilación, pero con la disposición antes indicada se suple fácilmente la falta de dicha regla. La ley ha querido someter esta cuestión al aprecio y arbitrio judicial en la imposibilidad de establecer un tipo fijo, que para unos sería exiguo é insignificante, y para otros elevado según sus respectivos medios de fortuna, y por eso determina como base para la apreciación de dicha cuantía los usos de un buen padre de familia, lo que éste buenamente pueda destinar al juego por recreo ó mero pasatiempo, según las condiciones y estado social del que ha de pagar la cantidad perdida en relación á sus deberes y necesidades. Esto se entiende tan sólo respecto de los juegos permitidos, pues

si fuera prohibido ó ilícito, no habría acción alguna para reclamar su importe, ni en su totalidad ni aun reducido en los términos indicados, según el art. 1798.

Para este efecto, distingue la ley entre juegos lícitos é ilícitos, y advierte especialmente que se deben considerar entre los permitidos los que contribuyen al ejercicio del cuerpo, en cuya permisión es evidente que ha influído, á más de la independencia que tienen respecto al azar, su utilidad indudable y lo necesario que es favorecer su desarrollo. Compréndense en esta clase los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras á pie ó á caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza (art. 1800).

Hallándose prohibidos por la ley los juegos de suerte, envite ó azar, es evidente que la ley no podía autorizar que los mismos dieran acción para reclamar eficazmente lo ganado en un juego de dicha clase, y por eso no podía dejar de consignar el Código el precepto contenido en la primera parte del art. 1798, pues lo contrario hubiera sido incurrir en innegable contradicción; y si bien niega, por regla general, la repetición de lo perdido y pagado voluntariamente, fuera de los casos de excepción consignados en el mismo, no es por una inconsecuencia con dicho principio, sino por otra razón no menos potente y atendible, cual es la de no colocar el fraude y la mala fe al amparo de los preceptos legales, pues si se permitiera la reclamación del reintegro de lo pagado, se daría lugar á fraudes que la ley no puede permitir. Además, en dicho caso no habría seguridad alguna en las acciones espontáneas y voluntarias del hombre, pues habría que extender el precepto por igual á otros muchos actos de la vida. He aquí el fundamento jurídico del art. 1798 citado, primero de los comprendidos en el presente capítulo.

Aunque hemos dicho antes que, en rigor de doctrina, todo juego es ilícito si mediare interés ó idea de cambio de riqueza, los legisladores, sin embargo, han permitido, con algunas limitaciones, la celebración de este contrato aunque medie cierto interés cuando por las condiciones del mismo puede considerar-

se que la intención con que se juega no es la de lucrarse ilícitamente, sino que el interés que en ellos media es más un estímulo ó aliciente para su resultado, en cuanto excita la habilidad ó la inteligencia, que la codiciosa idea de enriquecerse con el dinero ajeno. Este es también el fundamento de los juegos permitidos y el de figurar en ellos los expresamente determinados en el art. 1800.

Esto no obstante, puede ocurrir que esos juegos lícitos, y, como tales, permitidos, se conviertan en medio de arriesgar sumas considerables, viniendo á constituir juegos de peor condición aun que los prohibidos, como tenemos indicado ya, y para impedir que por ello se produzca una verdadera ilicitud, el legislador ha facultado á los Tribunales para desestimar la demanda entablada para reclamar lo ganado en esas condiciones ó para reducir la cuantía si fuere excesiva. Este es el motivo jurídico y la razón legal del precepto contenido en el art. 1801.

Por último, la apuesta, como ha dicho un autor, no viene á ser más que una forma ó variante del juego, y, como éste, tiene por nota esencial la estipulación sobre la incertidumbre de un hecho futuro. Por eso el Código, en su art. 1799, hace extensiva á ella lo dispuesto respecto del juego. De aquí que las apuestas que se atraviesen en un juego acerca de su resultado por terceros no jugadores, ó, en general, sobre la realización de un hecho humano ó de un acontecimiento cualquiera, se regirán por los mismos principios que el juego, y las que tengan analogía con los prohibidos se considerarán también prohibidas. Basta la indicación de su precepto para que quede plenamente justificada la razón en que se funda dicho artículo.

Expuesto ya el fundamento jurídico de cada una de las disposiciones del capítulo que examinamos, procede pasar al segundo de los extremos que han de ser objeto de este comentario.

II. *Historia de la legislación sobre el juego y la apuesta.*—Si en todo caso es interesante el conocimiento de la historia del derecho respecto de una de las instituciones jurídicas, mucho mayor interés tiene en el presente, por tratarse de un contrato que ha

sido objeto de tan opuestos criterios por parte de los tratadistas. Esto nos obliga á hacer algunas ligeras indicaciones sobre ello, empezando por la legislación romana, fuente del derecho patrio, por haberse inspirado en él todas nuestras antiguas leyes.

Derecho romano.—En la antigua Roma parece que estaban prohibidos todos los juegos, salvo los de combate y los que tenían lugar en casa, sobre la cual *in convivio vescendi causa ponitur* (L. 2 y 3, L. 4, pr., D., *de aleat.*, 11, 5). El que ganaba no tenía ninguna acción contra el perdidoso, y el perdidoso que había pagado su deuda podía ejercer la acción de repetición de lo indebido. La misma acción se daba á todos sus herederos, á todos los ciudadanos del lugar y al fisco, y sólo prescribían estas acciones á los cincuenta años.

Cierto senadoconsulto, recordado en el Digesto, rehusaba toda acción en justicia á los juegos de azar y los prohibía. Sin embargo, según un pasaje de Luciano, este senadoconsulto se relajaba en la época de las Saturnales, durante las cuales se desataba todo vicio. Cicerón cuenta también en sus *Filípicas* que la nota de infamia recaía sobre los jugadores.

Más tarde, en la época de Justiniano, sólo se permitían el disco, la justa, el salto, la lucha y las carreras de caballos. Aun en estos casos, el valor que se atravesaba no podía exceder de un sólido (escudo de oro) (L. 3, C., *de aleat.*, 3, 143).

Las apuestas, por último, sólo se permitían con ocasión de juegos autorizados (L. 2 y 3, D., *de aleat.*, 11, 5).

Derecho canónico.—La iglesia, por su parte, después de prohibir el juego á los clérigos, extendió la prohibición á los laicos en el VI Concilio general, cuyo canon sobre el asunto fué repitiéndose hasta el Concilio de Trento.

Derecho español anterior á la publicación del Código civil.—En el derecho patrio, las primeras disposiciones legislativas con respecto al juego, se encuentran en las Partidas. La ley 6.ª del título 14, Partida 7.ª, niega al que explotara casa de juego acción para reclamar lo que le hurtaren tahures y truhanes: «... porque es muy gran culpa de aquel que tales omes recibe

en su casa á sabiendas. Ca todo ome debe asmar que los tahures é los bellacos, usando la tahureria, por fuerza conuiene que sean ladrones é omes de mala vida; é por ende, si le furtaren algo ó le fizieren otro daño, suya es la culpa de aquel que há la compañia con ellos». Otras dos leyes (57 del tít. 5.º y 34 del tít. 6.º) de la Partida 1.ª, prohiben los juegos de dados, tablas, etc., á los clérigos.

Las Partidas se elaboraron, como es sabido, en el período 1256-1265. Medio siglo después (1314) aparece, redactado de mano de uno de los sabios á quienes con mayores probabilidades se atribuye la redacción de las Partidas mismas, el Maestro Roldán, el llamado *Ordenamiento en razón de las Tafurerías*, ó reglamento de las casas públicas de juego.

La legislación opta, pues, por el régimen de la tolerancia.

El cual, poco á poco, va desviándose hacia el de la prohibición en la serie de los monarcas posteriores. Sus disposiciones se hallan recogidas en el tít. 23 del libro 12 de la Novísima Recopilación, compuesto de diez y siete leyes, la mayoría de las Cortes de 1329, 1387, 1402, 1480, 1515 y 1532.

El Rey Carlos III, en su Pragmática dada en San Lorenzo en 6 de Octubre de 1771, que es la ley 15 del dicho título y libro, establece el nuevo estado de derecho en numerosas reglas muy detalladas, en la forma siguiente: 1.º Prohibe á toda persona, cualquiera que sea su condición y edad, los juegos de envite y azar. 2.º Impone á los jugadores 200 ducados de multa si fuesen nobles ó empleados en algún oficio público civil ó militar y 50 si fuese persona de menor condición, destinada á algún arte, oficio ó ejercicio honesto, y á los dueños de casas el doble de dichas multas. 3.º Trata de la reincidencia. 4.º Dispone que los transgresores que jugaran y no tuvieran bienes en que hacer efectivas las penas pecuniarias, sufran diez, veinte ó treinta días de prisión, según los casos. 5.º Establece que cuando los jugadores fueren vagos ó mal entretenidos, sin oficio, arraigo ú ocupación, entregados habitualmente al juego, ó tahures, garitos ó fulleros, además de las penas pecuniarias, incurran desde

la primera vez, si fueren nobles, en la de cinco años de presidio, para servir en los regimientos fijos, y si plebeyos sean destinados por igual tiempo á los arsenales, y á los dueños de casas, en las mismas condiciones les impone las mismas penas respectivamente por tiempo de ocho años. 6.° Fija para ciertos juegos que no sean de suerte y azar, ni intervenga envite, el tanto que se jugase en un real de vellón y toda la cantidad en treinta ducados, aunque sea en muchas partidas. 7.° Prohibe que se jueguen prendas, alhajas ú otros cualesquiera bienes muebles ó raíces en poca ó en mucha cantidad, como también todo juego á crédito. 8.° Declara que los que perdieran cualquiera cantidad que excediere del tanto y suma señalados y los que jugaren prendas, bienes ó alhajas ó cantidades al fiado, no están obligados al pago de lo que perdieren; declarando también por nulos y de ningún valor ni efecto los pagos, contratos, vales, empeños, deudas, escrituras y otros cualesquiera resguardos y arbitrios de que se usare para cobrar las pérdidas. 9.° Prohibe que los artesanos y menestrales de cualquier oficio, así maestros como oficiales y aprendices, y los jornaleros de todas clases, jueguen en días y horas de trabajo. 10.° Prohibe toda especie de juego, aunque no sea prohibido, en las tabernas, figones, hosterías, mesones, botillerías, cafés y en cualquiera otra casa pública. 11.° Distribuye las penas pecuniarias por terceras partes entre Cámaras, Juez y denunciador, etc., etc.

Así se llega á la época de la codificación, en la cuál el proyecto de 1851 sienta los principios que después convierte en ley el Código civil.

III. *Derecho vigente.*—El actual estado de derecho se funda en la distinción de los juegos según que el éxito proceda del azar ó de la destreza de los que intervienen en ellos. Los primeros caen bajo la jurisdicción del Código penal (arts. 358 á 360), y en el orden civil no dan acción, sino excepción tan sólo. Únicamente se exceptúa de estos efectos un solo juego de azar: la Lotería llamada nacional, en razón á ser una de las fuentes de ingresos que el Estado precisa para atender á las necesidades del mismo.

Los segundos producen efectos civiles y se consideran actos lícitos. Las apuestas recibirán el mismo tratamiento, según que presenten analogía con los juegos ilícitos ó lícitos.

El estudio reflexivo de los preceptos á que se contrae el presente comentario sugiere á los tratadistas el examen de determinadas cuestiones relacionadas con la naturaleza jurídica y efectos de los juegos y apuestas. De ellas debemos ocuparnos con separación para la debida claridad.

a) Determinación de la licitud de los juegos y apuestas.—Establecida la diferencia que antes hemos indicado, fácil es determinar la naturaleza jurídica de cada caso.

En realidad, sólo el propósito, el ánimo en el hecho, es lo que éticamente la determina. El ánimo del recreo, ajeno á la codicia, que se pone en un cualquier ejercicio, es lo que el derecho quisiera decir que es lícito, aunque se le añadiera la pérdida ó la adquisición de un valor económico y aunque el azar entrara ó no en la solución de la puesta.

Los ejercicios corporales en que se emplea el sobrante de las energías de un organismo, ó por el que mediante las mismas se quieren adquirir cualidades psico-físicas *(sports)*, es el caso más puro de los juegos lícitos á que se refiere el art. 1800 de nuestro Código. Pero el derecho, no pudiendo saber bien nunca íntimas disposiciones subjetivas, atiende á las apariencias exteriores y declara ilícito lo que pende del azar, lícito lo que puede venir de la pericia ó la destreza (siempre dentro de la concepción general de la validez de las condiciones en el derecho, concepción que anularía de por sí las apuestas de actos absurdos, inmorales, prohibidos [artículo 1116 Código civil]).

He ahí el principio que resuelve la licitud, caso por caso.

La jurisprudencia penal ha hecho terminantes declaraciones de prohibición á propósito del monte (sentencias de 10 de Enero de 1882, 1.º de Abril de 1887, 10 de Octubre de 1892, 4 de Mayo de 1900), la ruleta (10 de Enero de 1882, 1.º de Abril de 1887), el baccarrat (1.º de Abril de 1887, 14 de Marzo y 5 de Mayo de 1891, 8 de Noviembre de 1897), la veintiuna (13 de Octubre

de 1897), el coín (28 de Septiembre y 12 de Octubre de 1899), las loterías particulares (27 de Septiembre de 1874, 27 de Abril de 1875), etc.

Por el contrario, la jurisprudencia civil ha declarado la validez de una apuesta fundada sobre la pericia de las partes en el conocimiento de joyas, de la cual se hacía depender, primero la cantidad de 50 pesetas que había de emplearse en una cena entre los presentes; después, por novación de la oferta, en la adquisición de un billete de la lotería con participación entre todos, billete que fué premiado, determinando la repartición de su importe el litigio (sentencia de 6 de Octubre de 1893).

Esto en cuanto á los casos que podríamos llamar puros, esto es, en que el azar ó la pericia y la destreza se presentan aislados y bien definidos. ¿Qué diremos de los casos en que aparecen mezclados ó disfrazándose el azar para obtener eficacia jurídica?

Respecto á los primeros, no puede perderse de vista que el azar interviene en más ó menos escala en toda clase de juegos, aun en aquellos expresamente permitidos por la ley, por lo cual no cabe considerar ilícito un juego porque en él quede algo al azar, y sí solamente cuando su resultado dependa de un modo exclusivo, ó principalmente al menos, de la suerte.

En cuanto á los segundos, ó sea á aquellos casos en que el azar se disfraza para obtener eficacia jurídica, el disfraz no puede convertir en lícito lo que realmente es ilegal, por lo que el hecho debe ser declarado nulo, una vez descubierta su verdadera naturaleza.

El más interesante de estos casos y aquel en que hay también declaración de la jurisprudencia, se refiere á las operaciones en Bolsa, y especialmente á la llamada venta á plazo ó á término.

He aquí como la describen dos civilistas extranjeros modernos (Baudry-Lacantinerie y Wahl):

«Creyendo en la próxima baja del papel del Estado del 3 por 100, que supondremos que vale hoy unos 100 francos, encargo á un agente de Cambio y Bolsa que venda por cuenta mía

30.000 francos de renta á entregar á fin del mes corriente, al precio de 100 francos. Por su parte, otra persona, creyendo en una alza próxima, encarga á otro agente que le compre 30.000 francos de renta del 3 por 100, á entregar á fin corriente, al mismo precio de 100. Los dos agentes se ponen de acuerdo. Si el contrato es serio, al término convenido tendré que entregar los títulos, entregándome la otra parte, al recibirlos, la cantidad de un millón de francos. ¿Ha bajado la renta, según mis previsiones? ¿Valía, por ejemplo, en el día de la entrega 99 francos, en vez de 100? Ganaré la diferencia entre la cotización del día y la de la venta, ó sea 10.000 francos; supuesto que cobraré un millón de francos por papel que no valdría entonces más que 990.000 francos: ¿Subió el papel, por el contrario, como se imaginaba la otra parte? ¿Vale el día de la entrega 101 francos? Será él en ese caso quien gane 10.000 francos, porque recibirá por un millón de francos papel del Estado equivalente á 1.010.000 francos, que podrá vender inmediatamente á ese precio.

»Se puede también, sin que se altere el carácter del contrato, suponer que, en el momento fijado para la ejecución, convenimos que, en lugar de proceder á esa traslación de títulos y de dinero, yo pague ó me paguen á mí, según las dos hipótesis que hemos expuesto, la cantidad de 10.000 francos (la diferencia). La venta á término no es nula, en efecto, cuando, en virtud de un convenio posterior á su celebración, se resuelve por el pago de una simple diferencia. En este caso la venta no es ficticia; el vendedor se había obligado á entregar papel al término convenido y el comprador á pagar su precio. Si después acuerdan que su situación respectiva se liquide por el pago de una simple diferencia, las partes no hacen otra cosa que resolver el contrato bajo cierta condición, que no es contraria al orden público. Están, pues, en su derecho.

»Pero también es posible otra cosa. Desde el principio hemos convenido entre nosotros que yo no entregaré los títulos al término fijado, que la otra parte no me pagará el precio y que saldaremos nuestra cuenta por el pago de una simple diferencia;

por ejemplo, que me pagará 10.000 francos si el papel no vale más que 99 al término fijado para la entrega, ó que yo pagaré la misma cantidad si el papel está á 101. Entonces el contrato no es más que una apuesta sobre el alza ó la baja de la cotización; esto es, un juego particular en que una de las partes juega al alza y la otra á la baja.»

Ya el Real decreto de 12 de Marzo de 1875 reconoció la validez de la venta á diferencias, con tal de que las operaciones se publicasen en Bolsa y se hiciesen con intervención de la Junta Sindical y á las resultas, lo más, del mes siguiente. Sin embargo, dos sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Agosto de 1888 y 22 de Febrero de 1889, aplicaron todavía la ley de 8 de Febrero de 1854, que declaró nulas las jugadas de Bolsa; pero, últimamente, otra sentencia fecha 19 de Febrero de 1896 aplica la legislación de 1875. La cuestión está resuelta hoy, por consiguiente, en pro de la validez de la operación, si bien á algún comentarista le parezca que esas operaciones, bajo el manto de la legalidad (teóricamente tan lícito es comprar al contado como dentro de un término), ocultan un verdadero juego de azar, ya que penden del tipo de cotización en un día determinado (suerte ó azar) y se resuelven en el abono de diferencias.

b) *Efectos de los juegos y apuestas ilícitos.*—Los artículos 1798 y 1799 nos enseñan que el juego y la apuesta ilícitos no engendran nunca obligación civil; esto es, acción en justicia, puesto que lo propio de la obligación civil es conceder una acción para hacerla efectiva.

Independientemente de los eventuales efectos penales que el hecho pueda tener, en lo civil queda fuera de la esfera protectora del derecho: el ganancioso no puede exigir, ni puede repetir el perdidoso lo pagado; solución ésta seguramente más recta que la adoptada, con ánimo preventivo, pero injusta, conforme al derecho romano, según el cual, como vimos, el perdidoso, que había pagado su deuda, podía ejércer la acción de repetición de lo indebido. La declaración del derecho actual es terminante, y cierra el paso á las cuestiones más ó menos elegantemente tratadas con

que alardean de sutileza los juristas (v. gr.: Laurent, cuando pregunta si el perdidoso que tiene firmados de su mano los billetes que perdió en juego de azar, podrá obtener la restitución de manos de un tercero en cuyo poder los halle).

Una sola excepción admite la ley contra el principio, cuando consiente la acción de repetición al perdidoso menor de edad ó inhabilitado para administrar sus bienes, ó cuando, no siendo lo uno ni lo otro, sino plenamente capaz, ha sido víctima de engaño ó dolo. Sería de desear, en opinión de algunos, que también esta excepción desapareciera en homenaje al principio que excluye de la ley las consecuencias de los actos ilícitos. ¿Por qué amparar estos casos, dicen, en que quien se pone fuera de la ley pretende que ésta deshaga el entuerto en que ha caído?

Los autores discuten si, ya que no obligación civil, el juego y la apuesta ilícitos pueden producir obligación natural.

La cuestión es más bien teórica que práctica. Con todo, no la abandonaremos sin notar que las costumbres hablan en favor de una solución afirmativa cuando, por una especie de derecho consuetudinario universal, han hecho «deudas de honor» de las de juego. Pothier dice con razón: «El convenio está privado de ejecución *en el foro exterior;* pero el contrato, aunque hecho en contravención á la ley, no deja por eso de existir, y cuando no encierra en sí ninguna injusticia de una de las partes para con la otra, *obliga en el fuero de la conciencia.*»

Sin embargo, siendo nulo el acto por ser contrario á la ley que prohibe tales juegos y apuestas, no puede producir obligación ni efecto jurídico alguno.

c) *Efectos de los juegos y apuestas lícitos.*—No pueden estar en igual situación los efectos del juego prohibido y los del lícito, porque si bien del primero no puede nacer acción para demandar lo que ilícitamente se ganó, por no surgir del contrato de juego en tal caso el vínculo de derecho propio de toda convención, en razón á no estar admitida por la ley, no sucede lo mismo en los juegos lícitos, en los cuales es legal la convención, y como todo contrato legal, no puede desprendérsele de los dere-

chos y obligaciones propios de los mismos, siempre que se lleve á cabo entre personas capaces de obligarse y no hubiere mediado dolo ó fraude. Pero hay que tener en cuenta que aun siendo lícitos esos juegos y constituyendo tan sólo una mera distracción, pueden degenerar en un medio de especulación y de lucro no admitido por la moral ni por las leyes; y para evitar que lo que está consentido sólo como un esparcimiento ó distracción se convierta en un odioso y peligroso intento de ilegítimo enriquecimiento, la ley, siempre previsora, ha querido impedir esas funestas consecuencias y ha sometido para ello al arbitrio judicial la eficacia ó ineficacia de dichos juegos en los términos expuestos en el art. 1801.

El proyecto de Código de 1851 fijó como límite de las puestas y de la cuantía del interés que se cruzase en el juego, la cantidad que determinasen los reglamentos para el caso en que éstos lo establecieran; pero como el tipo fijo podría resultar arbitrario, por eso se ha consignado, como base de la apreciación del exceso, los usos de un buen padre de familia que también marcaba dicho proyecto para cuando no lo fijaran los reglamentos. De este modo se ha dado prudentemente más amplia libertad al criterio de los Tribunales.

Al darles efectos civiles, el Código, aunque dentro de los límites indicados, ha sido consecuente con los buenos principios jurídicos, pues juegos y apuestas lícitos caen en sus efectos económicos civiles dentro de la esfera tutelar del derecho.

Una sola modificación debe notarse: que la autoridad judicial puede no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego ó en la apuesta es excesiva, ó reducir la obligación en lo que excediere de los usos del buen padre de familia, que en derecho se toma como tipo del *homo œconomicus*. Para apreciar el exceso, la fortuna de las partes, su condición, sus costumbres y la naturaleza del juego pueden servir de criterio.

¿Pero será válido el pago de una deuda de juego ó de apuesta lícita aunque excesiva?

¿Podrá intentarse con éxito la acción de repetición por el

perdidoso en todo lo perdido ó en lo que excediera del límite prudente? La cuestión no se ha presentado ante la jurisprudencia; pero la solución de la validez del pago parece cierta, dados los términos del art. 1798, que sienta la validez del pago voluntario aun en los juegos y apuestas ilícitos.

Dicho artículo sólo admite la repetición de lo pagado voluntariamente cuando hubiere mediado dolo en el juego, á consecuencia del cual se hubiere hecho el pago por el que pierde, ó cuando éste es menor de edad ó estuviere inhabilitado para la administración de sus bienes, y esta excepción no sólo la autoriza por una razón de orden moral, derivada de esa clase de juegos, sino también por un motivo jurídico común á todos los contratos, puesto que el dolo y la incapacidad vician la voluntad y hacen ineficaces todas las convenciones. Y si el pago hecho por virtud del contrato de juego quedó ineficaz por los vicios indicados, lo procedente es la devolución de lo satisfecho en tales condiciones.

Además, el art. 1801 no otorga una acción para la repetición de lo perdido en las apuestas ó juegos lícitos, sino una excepción para oponerse á la reclamación cuando fuere excesiva la cantidad reclamada, y por eso dice tan sólo que la autoridad puede no estimar la demanda, es decir, la petición de lo que se hubiere ganado ó reducir el importe de la obligación. Como terminantemente se dice en el primer párrafo del expresado artículo, el que pierde en juego ó apuesta de los no prohibidos, queda *civilmente obligado,* y en tal concepto sólo podrá pedirse la rescisión ó la devolución de lo voluntariamente pagado cuando hubiere mediado el dolo ó la incapacidad, á que en general se refiere el art. 1798, ó alguna causa que anule ó haga rescindible el contrato.

d) Efectos jurídicos de los préstamos hechos en el juego y para el juego.—Otra cuestión plantean los autores relativa á la eficacia legal de los préstamos indicados. Comentando Goyena el artículo 1700 del proyecto de Código de 1851, igual al 1798 del vigente, pregunta: «¿Puede repetirse lo prestado en el juego

para jugar?» Y resuelve dicha cuestión en sentido afirmativo, siempre que no medie fraude, fundándose para ello en que no hay disposición alguna en el título que trata del contrato de préstamo que prohiba tal reclamación, cuya prohibición tampoco se encontraba en el derecho romano, á pesar de ser tan severo contra el juego, ni tampoco en nuestro antiguo derecho.

El Código civil alemán, sin embargo, en su art. 762, dispone terminantemente que no podrá repetirse *por falta de obligación* lo prestado por causas de juego ó de apuesta. No somos partidarios de opinión tan absoluta. Podrá sostenerse que en el préstamo para los juegos prohibidos hay un motivo que justifique tal privación de eficacia jurídica, pues la causa del préstamo, el objeto con que se realiza, es contrario á las leyes y á la moral; pero en el hecho para tomar parte en los juegos lícitos no hay esa razón. Y concediendo fuerza civil de obligar á dichos juegos, en su primer párrafo, el art. 1801, toda vez que queda civilmente obligado el que pierde en ellos, no se explica que pueda carecer de acción el prestamista para reclamar lo prestado con dicho objeto, á no ser que medie fraude ó dolo ó cualquiera otra causa que haga ineficaz la obligación.

Queda, pues, sujeto á las reglas generales de la contratación el préstamo hecho en el juego y para jugar, y en conformidad á ellas habrá de resolverse la duda que acerca de esto se suscite.

e) Eficacia de las obligaciones contraídas para el aseguramiento de lo perdido en el juego.—Esta cuestión ha sido planteada también por Goyena en los siguientes términos: «Los empeños, vales ó escrituras posteriores á la pérdida, ¿son obligatorios?» En opinión de dicho autor, la contestación debiera ser afirmativa, á pesar de las doctrinas sustentadas en contrario, y sin que á ello obste el que se alegue que no hay convención válida sin causa, y que la ley no puede reconocer en el juego una causa capaz de hacerlo verdaderamente obligatorio, porque de ser esto rigorosamente cierto, debiera entonces repetirse lo pagado como que no se debía.

Sin embargo, nuestro antiguo derecho privó de eficacia á di-

chas obligaciones, y en el mismo espíritu se inspiraron varios Códigos extranjeros, llegando algunos á declarar nulo todo acto ó toda novación llevados á cabo con objeto de eludir la prohibición contenida en dichas disposiciones, y en este mismo sentido opinó la Comisión encargada de formar dicho proyecto de Código, separándose en esto del parecer de tan distinguido jurisconsulto.

En nuestra jurisprudencia, posterior á la publicación del Código, no se ha resuelto esta cuestión; pero la francesa decidió que no eran obligatorios tales actos.

Á nuestro juicio, no existiendo disposición expresa acerca de ello en la legislación vigente, hay que estar para la resolución de la misma á las reglas generales, teniendo evidente aplicación para ello cuanto hemos dicho acerca de la eficacia ó ineficacia para la repetición del pago voluntario de lo perdido en el juego.

IV. *Concordancias.*—Hay un consentimiento casi universal en la legislación de los pueblos cultos. El Código francés ha servido de tipo á casi todos ellos. Los arts. 1965 á 1967 no difieren de los correspondientes de nuestro Código sino en que, tratándose de apuestas y juegos lícitos, pero excesivos, la ley sólo permite al Tribunal rechazar la demanda de pago, pero no reducirla, como en nuestro derecho.

Concuerdan con los del Código francés los arts. 1802 y 1804 del italiano, 1825 á 1828 del holandés, 1927 y 1928 del Código del Bajo Canadá, y también los del Japón y los del Código de Chile.

El art. 762 del Código civil del Imperio alemán dispone: «El juego y la apuesta no engendran obligación alguna. Lo prestado por causa de juego ó de apuesta no podrá repetirse por falta de obligación. Estas disposiciones se aplicarán también al contrato que el que pierda haga con el que gane, especialmente bajo la forma de reconocimiento de deuda, para asegurar la contraída en el juego ó en la apuesta.»

Principio igual establece el art. 1271 del Código austriaco.

Según los últimos términos del mismo, no podrá reclamarse judicialmente el precio convenido en la apuesta; pero, sin embargo, la hecha de buena fe, y lícita además, *obligará* cuando el precio estipulado no sólo se haya prometido, sino que realmente haya sido pagado ó depositado; es decir, que lo satisfecho ó consignado en depósito no puede ser objeto de repetición. Conforme al art. 1272, dicha legislación estima que todo juego es una especie de apuesta, y, por lo tanto, ha de aplicarse á él la disposición antes expuesta.

El art. 1270 del mismo Código define la apuesta diciendo que existe ésta cuando, para un acontecimiento no conocido todavía por ninguna de las partes, establecen éstas un determinado precio que habrá de pagarse á aquella cuyo aserto sea confirmado por el éxito. Ese desconocimiento del hecho ó acontecimiento objeto de la apuesta es requisito tan esencial en ella, que si la parte que gana estaba segura del resultado y ocultó á la otra esta certeza, cometerá dolo y la apuesta será nula. Por el contrario, si la parte que pierde tuviere ya conocimiento del resultado, deberá ser considerada como un donante. Así lo ordena el mismo art. 1270 antes citado.

El Código mejicano regula con gran precisión y claridad el juego y la apuesta como contrato aleatorio, disponiendo en su art. 2900, como en el 1798 nuestro, que «la ley no concede acción alguna para reclamar una deuda contraída en juego prohibido; entendiéndose como prohibidos, para los efectos de dicho artículo, según el 2901 del mismo Código, todos aquellos juegos en que la ganancia ó la pérdida dependan exclusivamente de la suerte sin intervención del ingenio ó de medios lícitos conocidos de ambas partes». También se preceptúa en el art. 2904 de dicho Código, como en el nuestro, que el que hubiere perdido en un juego no puede repetir lo que hubiese pagado voluntariamente, exceptuándose de dicha prohibición los casos siguientes: 1.º, cuando hubiere mediado dolo ó fraude de la otra parte ó en cualquiera otro en que no debiera producir efecto el contrato según las reglas generales; y 2.º, cuando la cantidad ó cosa que

se pagó se hubiere perdido en juego prohibido, con lo que viene á diferenciarse notablemente dicha legislación de nuestro Código civil, el cual niega el derecho á la repetición precisamente cuando lo perdido se hubiere experimentado en juego de suerte, envite ó azar, es decir, en juego ilícito. Además, si una persona juega y pierde dinero ajeno ignorándolo su dueño, puede éste demandar la suma perdida.

Las deudas contraídas *en juego lícito* sólo podrán demandarse en juicio si no excedieren de la cantidad de 100 pesos (art. 2902), y si para eludir la prohibición en caso de exceder de dicha suma se supusieran ó simularan varias puestas de cantidad igual ó inferior que la permitida y lo probase así alguno de los demandados, perderá el actor todo derecho, sin perjuicio de las penas en que pueda incurrir, conforme á las prescripciones del Código penal.

En cuanto á las apuestas, el art. 2910 declara nula toda la que tenga analogía con un juego prohibido, concordando sustancial y casi literalmente con el párrafo 2.º del art. 1799 de nuestro Código, y las que fueren hechas de buena fe y fuera de juego, son válidas cuando su importe ó cuantía no excede de la suma de 100 pesos fijada como máximum para la exigibilidad de las deudas contraídas en juego lícito (art. 2906); considerándose de mala fe las apuestas siempre que una de las partes haya conocido la verdad al tiempo de provocar ó aceptar aquélla (art. 2907).

En Inglaterra está también reconocida la falta de acción, y asimismo en Portugal. Pero en este último país el pago hecho en virtud de deuda de juego puede ser repetido (art. 1542); lo que también, al parecer, sucede en Rusia.

La cuestión de la operación en Bolsa llamada venta á plazo ó á término, es la que ofrece mayores diferencias. Admitida en Inglaterra y en Italia, la rechazan en la forma descrita, por diferencias, Bélgica (Bruselas, 19 de Noviembre de 1860 y 15 de Febrero de 1865), los Estados Unidos (Corte Suprema de Pensylvania, 7 de Marzo de 1881), el Japón (Código civil de 1890), y Portugal (art. 354 del Código de Comercio).

El Código civil del Imperio alemán establece en su art. 764 una absoluta prohibición, disponiendo que se considerará como un juego prohibido el contrato hecho para la entrega de mercancías ó de valores, si se concertase de tal modo que la diferencia entre el precio convenido y el de la Bolsa ó mercado en la época de la entrega haya de ser pagado por el que pierda al que gane. Establécese, además, en dicho artículo, que lo mismo sucederá cuando la intención de una sola parte sea el pago de la diferencia si la otra parte contratante conociese ó debiese conocer dicha intención.

El juego de lotería está también regulado de manera diversa. Prohibido en Inglaterra (9, Jorge I, cap. 19), Suecia (Corte Suprema de Cristianía, 17 de Marzo de 1886), Canadá (Estatutos de Quebec revisados, 2912 y 2194), Japón, etc., puede tener una situación legalizada en Alemania, los Estados Unidos, Rusia, etc.

En efecto, el art. 763 del Código civil del Imperio alemán, preceptúa que el contrato de lotería es obligatorio cuando ésta se halle aprobada por el Estado, y en el caso contrario, se le aplicarán las disposiciones del art. 762 que, según tenemos ya dicho, declara que no engendran obligación alguna el juego y la apuesta, y niega el derecho á repetición.

A su vez el Código austriaco sustrae á las disposiciones del mismo las loterías instituídas por el Estado, disponiendo en su art. 1274 que éstas no se regirán por las reglas de la apuesta y del juego, sino que deberán seguir el correspondiente plan previamente publicado.

Aparte de las diferencias indicadas, concuerda el art. 1798, primero de los examinados en este comentario, con los artículos 1965 y 1967 de los Códigos de Francia y Bélgica, 1802 y 1804 del de Italia, 577 y 578 del antiguo de Prusia (hoy abrogado por el del Imperio alemán), 1271 al 1273 del de Austria, 1449 y 1450 del de Vaud, 1825 al 1828 del de Holanda, 1864 y 1865 del de Guatemala, 2137 y 2138 del de Uruguay, 2259 al 2262 del de Chile, 1524 del de Portugal, 2055 y 2063 al 2066

del de la República Argentina, 2169 y 2170 del de Veracruz-Llave, 2900, 2901 y 2904 del de Méjico y 2772, 2773 y 2776 del de la Baja California.

El art. 1799 de nuestro Código concuerda también, excepto las diferencias indicadas, con el 1965 del Código de Francia, con los 1802 y 1804 del de Italia, el 1965 del de Bélgica, 1270 y 1271 del de Austria, 579 del antiguo de Prusia, en la parte primera del tít. 11, 1825 del de Holanda, 1449 del de Vaud, 1859 al 1863 del de Guatemala, 2130, 2137 y 2138 del de Uruguay, 2259 al 2262 del de Chile, 2055, 2057 y 2064 al 2066 del de la República Argentina, 1543 del de Portugal, 2906 al 2910 del de Méjico, 2778 al 2782 del de la Baja California y 2169 y 2170 del de Veracruz-Llave.

El art. 1800, á su vez, concuerda con el 1966 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1803 del de Italia, con el 1270 del de Austria, con el 1826 del de Holanda, con el 2139 del de Uruguay, con el 2263 del de Chile, con el 2055 del de la República Argentina, el 2901 del de Méjico y el 2773 del de la Baja California.

Y, finalmente, el 1801 tiene concordancias con los últimos apartados de los artículos que antes hemos indicado de los principales Códigos europeos y americanos, y especialmente con el 1803 del de Italia, el 1966 del de Bélgica, el 1826 del de Holanda y algunos otros, en los que se faculta á los Tribunales para desechar las demandas reclamando débitos por las apuestas y juegos permitidos cuando la suma parezca excesiva, y tiene su precedente en el derecho romano, en la ley 3.ª, tít. 43, libro 3.º del Código justinianeo, que fijó la cuantía de los juegos permitidos en un *solidus,* y en el derecho patrio en la ley 15, tít. 23, libro 12 de la Novísima Recopilación, que permitía como máximum el tanto de un real de vellón y 30 ducados, ó sean 82 pesetas 50 céntimos, por la totalidad de lo que se atravesase en el juego.

CAPITULO IV

De la renta vitalicia.

Como última de las especies aleatorias que autoriza y reglamenta el Código civil, aparece la renta vitalicia.

Constituída ésta á título lucrativo, el contrato es más bien una donación ó un legado, según que se haga *inter vivos* ó *mortis causa*. Constituída onerosamente, aparece en su forma típica como cesión de un capital á cambio de una renta anua, en tanto que se conserva una ó varias vidas, á que se subordina. Si el capital entregado es una suma en dinero, el contrato participa de la naturaleza de préstamo; en otro caso, se parece más bien á la compraventa y al censo. Compréndese bien, de todos modos, su carácter aleatorio. La muerte prematura del rentista favorecerá económicamente al pagador, mientras la extrema longevidad de aquél, le arruina.

Conocida la renta vitalicia—contra lo que algunos creen (Troplong, v. gr.)—en Roma (leyes 5.ª y 21, D., *De ann. leg.*, 33, 1; 56, § 4.°, D., *De verb. oblig.*, 45, 1; § 3.°, Inst., *De verb. oblig.*, 3, 16), aparece también reglamentada en nuestro país en algunas leyes de la Novísima Recopilación, pues lo mismo aquí que en otras naciones, este contrato logró cierta aceptación en una época en que se prohibía el interés del dinero como usura, y cuando las trabas de la propiedad no constituían aún un gran mal. Todavía Escriche señala la constitución en Madrid, á fines de 1769, de un Banco ó establecimiento llamado de vitalicios ó fondo perdido, en que se daba por una sola vida el rédito de 9 por 100 de los capitales que se entregaban y quedaban á favor del Banco.

En la actualidad este contrato es poco frecuente, pero no deja de constituirse á cambio de la cesión de bienes inmuebles, prin-

cipalmente entre padres é hijos. Por este motivo, y atendiendo á la utilidad que puede proporcionar á las partes, se conserva esta forma de contratación en el Código.

Llamábase este contrato en las leyes recopiladas *censo de por vida,* y era conocido también en lo antiguo con los nombres de *fundo vitalicio* y *fundo muerto* ó *perdido,* y en Cataluña con el de *violario.* Los autores solían denominarle *censo vitalicio,* considerándolo como un caso de censo consignativo; pero esta opinión no ha prevalecido en absoluto por las diferencias que realmente existen ó pueden existir entre ambas instituciones, y así los anteriores proyectos de Código concluyeron por llamarle *renta vitalicia,* que es la denominación mantenida por el derecho vigente.

Diversas han sido las opiniones de los tratadistas respecto de la utilidad y conveniencia de la renta vitalicia. En cuanto á la constituída por donación ó *mortis causa,* todos convienen en que tiene mucho de laudable por constituir un acto de liberalidad y beneficencia; pero la establecida mediante pacto ha sido objeto de sostenida impugnación por las especiales causas á que puede obedecer y por las combinaciones á que se presta, revistiéndole de caracteres tan distintos, que si bien en algunos casos no hay nada censurable en los contratos con dicho objeto celebrados, en otros no pueden menos de ser objeto de protesta y de indignación para las personas de sana conciencia. Pero lo mismo puede suceder en otra clase de contratos, y desde luego se comprende que esto depende de las condiciones con que se estipule, de las circunstancias que concurran en su constitución; y por eso el legislador no podía proscribir en absoluto esta clase de contratos que, según ha dicho un autor, puede servir para aliviar los sufrimientos de la humanidad y para reparar los agravios é injusticias ocasionados por el infortunio en muchos individuos.

No necesita detenida explicación su concepto jurídico, pues la definición dada por el Código, en el primero de los siete artículos que componen este capítulo, contiene la debida expresión de

todos los elementos esenciales de este contrato, cuya exposición basta para comprender la naturaleza y objeto del mismo.

Es aleatorio este contrato, porque la duración incierta de la persona ó personas sobre cuyas vidas se puso la renta, es la que influye en la pérdida ó ganancia. Mediante él, las dos partes contratantes obtienen un lucro, ó por lo menos esperan obtenerlo: el perceptor de la renta, porque durante su vida recibe una renta mayor que la que obtendría del capital entregado; y el que la paga, porque al fallecimiento de la persona por cuya vida se constituyó la renta, queda dueño del capital sin carga alguna.

Aun cuando este contrato tiene alguna analogía con una de las formas del seguro mixto sobre la vida, entraña una diferencia esencial con él consistente en la entrega de capital para obtener la renta.

Dicha renta no significa el pago de los productos ó el interés del capital entregado, sino que es el precio en virtud del cual el que satisface la pensión se hace dueño del capital recibido. En esto se diferencia también del préstamo.

Como más adelante veremos, según el derecho antiguo no podía constituirse la *renta vitalicia* perfecta más que sobre un capital en dinero, pero el uso había introducido el que se admitiesen también fincas en sustitución de éste, y hasta tal punto, que algunos autores sostenían que debía reconocerse esto como ley. El Código ha aceptado la costumbre y amplía favorablemente la norma de la Novísima en términos que no dan lugar á duda sobre ello.

También ha venido á resolver, con la claridad y fijeza de sus preceptos, el nuevo cuerpo legal, otras cuestiones que sostenían los tratadistas acerca de la extensión y duración del contrato, ó sea de las vidas por las que podía constituirse, admitiendo el Código que sea por una ó más vidas, así como acerca del interés del capital ó cuantía de la renta ó pensión; pero para no dar más extensión á estas ligeras indicaciones que por vía de introducción exponemos, dejamos su demostración para el comentario de los artículos respectivos.

Constituída la renta vitalicia á cambio de la cesión de un capital, el cesionario puede obligarse á satisfacer anualmente una pensión, ya al mismo cedente, como es lo ordinario, ya á otra persona distinta, durante su vida. En este último caso, además del contrato de renta entre el cedente y el cesionario, existirá una donación de la renta ó pensión á favor del tercero favorecido. No es desde luego posible que la renta se establezca en favor del mismo que recibe el capital y debe satisfacer la pensión, porque en su persona se reunirían los caracteres de deudor y acreedor. Puede, sin embargo, servir de tipo la vida del pagador de la pensión, para que durante ella, se abone lo que proceda al cedente ó á un tercero, ó á varios simultánea ó sucesivamente. La generalidad de expresión del art. 1803 no deja lugar á duda, y ha puesto término á las cuestiones diversas que antes se suscitaban sobre dichos extremos.

Excusado es decir que tanto las reglas indicadas como las demás generales consignadas en los diversos preceptos del capítulo, deben amoldarse á las dos condiciones propias de todos los contratos, ó sea que tengan objeto lícito y que no salga de la equidad natural. Por eso será nula, por falta de la primera de las condiciones citadas, la renta vitalicia constituída sobre la vida de una persona que hubiere fallecido al tiempo de otorgarse el contrato, y lo mismo deberá ser declarada nula también en opinión de algunos si dicha persona padeciera de una enfermedad que le produjera la muerte después de la celebración del mismo, cualquiera que sea el tiempo que mediara entre ésta y la fecha del contrato, con tal de que no fuera largo su término.

Así lo entiende, entre otros, Escriche, el cual sostiene que en el caso de constituirse la renta vitalicia en esas condiciones, debería ser dejado sin efecto el contrato por existir un error grave que viciaría el consentimiento, faltando por lo tanto uno de los requisitos ó elementos esenciales para la eficacia de la convención, porque es lógico suponer que si las partes hubieran sabido el estado de la persona que había de percibir la pensión, hubieran dejado de celebrar el contrato, ó al menos el que entregara

el capital para evitar los perjuicios que con ello habían de originarse, quedando aquél ineficaz.

El art. 1804 de nuestro Código, como más adelante veremos, declara la nulidad de la renta en absoluto en el primer caso, y en el segundo siempre que la persona sobre cuya vida fuere constituída se hallase padeciendo una enfermedad al tiempo de su constitución y llegare á causar su muerte dentro de los veinte días siguientes.

ARTÍCULO 1802

El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor á pagar una pensión ó rédito anual durante la vida de una ó más personas determinadas por un capital en bienes muebles ó inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.

I. *Efectos jurídicos del contrato de renta vitalicia.*—Como hemos dicho en las nociones generales anteriores, los términos precisos en que se halla concebida la definición de la *renta vitalicia* consignada en el presente artículo, resuelven las controversias del derecho antiguo, y entre ellas la más importante relativa á si el capital sobre que se constituye la renta ha de estar constituído en metálico precisamente. Las leyes recopiladas así lo querían («... sin intervenir otra cosa que no sea dinero de contado»: ley 6.ª, título 15, libro 10, de la Novísima Recopilación; «... no en plata labrada, ni en oro labrado, ni en tapices, ni en otras alhajas, ni en joyas estimadas»; ley 29, tít. 15, libro 10, ídem). El Código civil, con un criterio más amplio, admite que la renta puede constituirse sobre un capital cualquiera que se recibe, esté constituído por dinero, por otros bienes muebles ó por inmuebles.

También ha quedado fuera de toda duda con dicha definición la controversia mantenida acerca de la extensión máxima de la obligación contraída por virtud de este contrato. En efecto, discutían los civilistas si las leyes recopiladas admitían la pensión por más de una vida, fundándose los que lo negaban en el texto

de la misma ley de la Novísima antes citada, y por el contrario, los que lo afirmaban en la ley 12, tít. 15, libro 5.º, de la Nueva Recopilación. La razón parecía estar de parte de los primeros, porque además de ser posterior á la Nueva Recopilación la disposición legal en que se apoyaban, la qué los segundos invocaban no figuraba en la Novísima, de donde se excluyó sin duda para que prevaleciese el criterio contrario. El Código, como con toda claridad lo dice el presente artículo, acepta la constitución de la renta durante la vida de *una ó más personas*, ó sea por una ó más vidas; y como una vez determinado este punto, nada importa al derecho ó al problema jurídico la cuestión de las personas á cuya vida se atienda, desde luego se comprende que no hay dificultad para que éstas puedan ser las mismas que dan el capital ú otras terceras personas por no existir razón alguna que autorice la distinción entre ellas para el efecto indicado. Así lo declara también expresamente el mismo art. 1803 antes citado.

Otra de las cuestiones suscitadas por los tratadistas en nuestro antiguo derecho era la relativa al tipo de la pensión ó del interés del capital, como solían llamar á la cuota que había de percibir la persona en cuyo favor se constituía la renta. El Real decreto de 1.º de Noviembre de 1768, prescribía que no pudiera imponerse sino á razón de 10.000 maravedises el millar si se constituía por una sola vida, ó de 12.000 maravedises el millar si era por dos vidas.

Esta cuestión, que con tanta insistencia debatían los autores, tenía su interés y su razón cuando estaba prohibida la usura y la libre contratación del interés; pero en la actualidad carecen de utilidad práctica y asimismo de aplicación, y resuelta se halla también desde que la ley de 14 de Marzo de 1856 sentó la regla de libertad contra la antigua de tasa que había venido rigiendo.

De los términos del artículo que comentamos, resultan también con toda precisión los efectos jurídicos del contrato de renta vitalicia. Por virtud de él se transfiere desde luego, y sin ne-

cesidad de ningún otro acto, al que ha de pagar la renta, el dominio del capital ó de los bienes entregados con tal objeto, quedando extinguida la carga por el transcurso de las vidas por las que se constituyera. A su vez, la persona favorecida con la renta, tiene derecho á exigir el pago puntual de la misma en la forma y con las condiciones que expondremos en el examen de las siguientes disposiciones del capítulo; pero la falta de pago de esta pensión no puede autorizar que se reclame la devolución, porque si hubiera lugar á la restitución del capital, resultaría que el pensionista recobraba una cosa de la cual estaba ya en parte pagado, puesto que hemos dicho ya que las pensiones son parte del precio del capital recibido. Tampoco puede librarse de la obligación de pagar la pensión el que ha de satisfacerla, devolviendo dicho capital, por más que no falta quien opine lo contrario, fundándose en que en dicho caso existiría una donación de las pensiones pagadas. Como el contrato no se constituye exclusivamente en favor del que paga la renta, sino en beneficio de ambos, no puede quedar á merced de aquél la subsistencia de la obligación, mientras expresamente no se pacte lo contrario.

Conforme con la primera de las indicaciones que preceden, tiene resuelto la Dirección general de los Registros en 31 de Mayo de 1892, que no autorizando el art. 1805 del Código para exigir la entrega del capital, caso de no pagarse las pensiones vencidas, la hipoteca constituída en garantía de aquél, sólo puede asegurar el pago de la renta.

II. *Concordancias.*—El artículo objeto de este comentario concuerda sustancialmente con el 1968 del Código Napoleón, con el 1778 del de Italia, con el 1968 del de Bélgica y con el 2264 del Código de Chile. Según éste, «la constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio, en que una persona se obliga, á título oneroso, á pagar á otra una renta ó pensión periódica, durante la vida natural de cualquiera de estas dos personas ó de un tercero». Y el artículo siguiente (2265) añade: «La renta vitalicia se llama censo vitalicio cuando se constituye sobre una

finca dada que haya de pasar con esta carga á todo el que la posea.» Esta adición no deja de ser interesante, pues da la diferencia con una especie que puede presentar cierta semejanza. La renta constituída sobre la vida humana, lleva este nombre; la que se constituye sobre la vida de un inmueble, lleva el de censo.

El Código austriaco, en su art. 1284, define el contrato de renta vitalicia, diciendo que éste se hace cuando en compensación de dinero ó de otra cosa valorada en metálico se promete á uno durante la vida de cierta persona una determinada prestación anual; añadiéndose en el 1285 que la duración de dicho contrato podrá depender de la vida de uno ú otro de los contratantes, ó también de la de un tercero. En la duda, se pagará anticipadamente un trimestre, y se extinguirá siempre con la muerte de la persona sobre cuya vida se haya constituído.

Una particularidad encontramos en esta legislación que viene á modificar principios generalmente aceptados por todos los Códigos, y es que ni los acreedores ni los hijos de quien haya estipulado la renta para sí, tendrán derecho á impugnar el contrato. Los primeros podrán, sin embargo, pedir que se les satisfaga con la renta vitalicia, y los segundos exigir que una parte de la renta, de que no tenga necesidad el progenitor, sea depositada con el objeto de asegurar los alimentos que con arreglo á la ley se les deban (art. 1286).

El Código de Méjico, en su art. 2911, define la renta vitalicia en términos análogos al nuestro, diciendo que es un contrato aleatorio por el cual uno se obliga á pagar una pensión ó rédito anual durante la vida de una ó más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero ó de una cosa mueble ó raíz, estimadas. No obstante esto, el art. 2912 establece que dicha renta puede constituirse á título puramente gratuíto, sea por donación entre vivos ó por testamento, principio que viene á aceptar nuestro Código, toda vez que en el art. 1807 reconoce como base de su precepto la facultad del constituyente de la renta vitalicia para establecerla á título gratuíto sobre sus bienes.

El del Imperio alemán sanciona también este contrato; pero exige para su validez que se consigne por escrito, salvo disposición contraria (art. 761), y prescribe en su art. 759 que el obligado á pagar una renta vitalicia deberá, en caso de duda, abonar dicha renta durante la vida del rentista, y si surgiere duda sobre ello, el total fijado será el de una anualidad.

Concuerda además el presente artículo con el 1812 del de Holanda, con el 1451 del de Vaud, con el 2143 del de Uruguay, con el 2172 del de Veracruz-Llave, con el 2070 del de la República Argentina, con el 2783 del de la Baja California, y con los artículos 607 y 608 del antiguo Código de Prusia en la parte 1.ª de su título 11, y con algunos otros, resultando del examen de todos ellos una completa conformidad en lo sustancial, ó sea en cuanto á la esencia de dicho contrato, y aun cuando difieren en cuestión de detalles no afecta á la uniformidad de la doctrina respecto al fondo.

ARTÍCULO 1803

Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero ó sobre la de varias personas.

También puede constituirse á favor de aquella ó aquellas personas sobre cuya vida se otorga, ó á favor de otra ú otras personas distintas.

I. *Recta inteligencia del precepto de este artículo.*—Tanto en las nociones generales que expusimos por vía de introducción al estudio de las disposiciones del presente capítulo, como en el comentario del anterior artículo, nos hemos ocupado ya de la disposición que ahora examinamos, indicando de paso cómo nuestro Código ha resuelto y puesto término á las cuestiones suscitadas en el antiguo derecho, respecto de la extensión y duración de la obligación contraída por el que ha de satisfacer la pensión objeto de este contrato. Esto nos permite ahora ser breves.

En la práctica, lo más común y frecuente en este contrato, es constituirle sobre la existencia de aquel que adquiere la renta

y que éste sea el mismo que entrega el capital ó los bienes que constituyen el precio de la misma; pero ya dijimos que no hay inconveniente alguno para que se constituya sobre la vida de un tercero que no tenga derecho á ella, ó sobre la de varias personas, pues no existe ninguna razón jurídica que impida dicha distinción de personas. Puede también establecerse no sólo para que la goce el que la constituye, sino también para que la disfruten otras personas, bien conjunta, bien sucesivamente, ó también reservando su disfrute para el constituyente y sus herederos hasta la muerte de todas aquellas personas por cuya vida se ha prolongado su subsistencia y duración. Y una vez conformes en esta doctrina, los autores del Código, obrando dentro de las facultades concedidas por la ley de 11 de Mayo de 1888 á la comisión redactora del mismo, estimaron conveniente su establecimiento con toda precisión y claridad, para evitar en lo sucesivo las dudas y cuestiones originadas en la interpretación de nuestras antiguas leyes, y ese fué el objeto del presente artículo.

Pero su precepto hay que entenderlo en relación con el anterior, que al determinar el concepto del contrato de renta vitalicia y admitir, contra lo establecido en el derecho anterior, que pudiera constituirse la obligación de pagar la pensión durante la vida de varias personas, exige que éstas sean *determinadas*, es decir, que existan á la fecha de la celebración del contrato.

No debe estimarse, por lo tanto, facultada por los términos del artículo que examinamos, la constitución de rentas perpetuas ó á favor de una persona y sus herederos sin limitación de generaciones. Las mismas razones que limitan la libre disposición de los bienes *mortis causa* por mayor número de vida ó generaciones de las permitidas por la ley, concurren en el presente caso, y, por lo tanto, no tenemos necesidad de repetirlas, limitándonos á referirnos á lo expuesto cuando nos ocupamos de la testamentifacción activa.

El proyecto de Código de 1851 estableció el mismo precepto, salvo ligerísima modificación en cuanto á sus términos, pero en

su esencia resulta enteramente igual la disposición de su artículo 1705 á la del que examinamos.

En la primitiva redacción de dicho proyecto, después de decirse en el párrafo 1.º que la renta podía constituirse sobre la vida de varias personas, se añadía: *Con tal que existan al tiempo del otorgamiento*, y en el párrafo 2.º, después de exponer que podía constituirse á favor de otra ú otras personas distintas de aquella ó aquellas sobre cuya vida se otorga, se decía: *Con tal que sean determinadas;* pero después se suprimieron ambas expresiones por considerarlas innecesarias, si bien siempre se entendió su espíritu como si real y literalmente las contuviera dicho artículo.

Por la misma razón se han omitido en el Código vigente, pues dada la correlación que existe entre los arts. 1802 y 1803, desde luego se comprende que éste se refiere á las personas de que habla aquél, ó sea á las que sean *determinadas* á la sazón ó que subsistan al tiempo del otorgamiento.

La primera parte del artículo que comentamos, se refiere, como desde luego se observará, al tiempo de duración del contrato, y el segundo á la persona ó personas favorecidas con el goce de la pensión, ó sea al acreedor de la obligación contraída.

En efecto; este artículo determina dos distintos puntos. El segundo de sus párrafos, dice en favor de quién puede constituirse la renta; el primero, sobre la duración de qué vida puede estar constituída.

Tal desdoblamiento de funciones no es frecuente, porque de ordinario se constituye la renta sobre la vida misma del que ha de percibirla. En efecto; si el motivo más usado de la renta es asegurar la subsistencia del rentista mientras viva, el único medio de lograrle plenamente será el de constituir la renta sobre su vida. No obstante, puede suceder que no sea así (por ejemplo, constituyendo la renta sobre la vida de una persona en cuya sucesión se tiene derecho), y entonces se produce aquel desdoblamiento que presenta, conjuntamente con el deudor y el acreedor de la obligación, una tercera persona, cuyo papel, en-

teramente pasivo, se reduce á que su vida, acéptelo él ó no, sea medida de la ajena renta.

La doctrina del Código tocante al primero de los puntos que decimos que en este artículo se resuelven, es admitir los dos modos de contratación:

a) Renta constituída en favor de una ó de varias personas mientras existen.

b) Renta constituída en favor de una ó varias personas mientras existe otra ú otras.

La ley admite, pues, la constitución de la renta sobre varias vidas. Pero esta variedad, ¿será en el orden de lo simultáneo ó de lo sucesivo? ¿Se podrá constituir renta sobre varias generaciones? El texto del artículo no resuelve literalmente la cuestión; el derecho antiguo mostró un criterio restrictivo muy marcado (véase la ley 6.ª, tít. 15, libro 10, Novísima Recopilación). De hecho, también las prácticas económicas abonan esta solución, pues no han creado otra forma de renta vitalicia sobre varias vidas que la llamada «tontina», en que el último superviviente cobra la renta de todos los que contrataron. Es indudable que la renta puede constituirse en forma sucesiva en favor de varias personas que existan todas en el momento de celebrarse el contrato, por ejemplo, el padre, la madre y una hermana. Aun en favor de personas de las que no existan algunas en dicho momento, debe tenerse presente que la renta constituída por la vida y á favor de terceros, es realmente para éstos una donación, donación que puede afirmarse que debe ser válida dentro de los límites marcados por la ley á las donaciones, sin más que dar alguna amplitud al sentido de la frase personas determinadas que emplea el art. 1802.

Tocante al segundo de los puntos de que el artículo trata, esto es, sobre la vida de quien puede constituirse la renta, ha de decirse lo mismo:

a) Sobre la vida de la persona ó personas que la cobran.

b) Sobre la de otra ú otras, mientras viven las cuales, la cobran aquéllas.

Todavía aquí se ha de añadir un tercer caso:

c) Sobre la vida del que la paga.

Ni el Código nuestro, ni el de Napoleón, de cuyo art. 1971 procede nuestro 1803, se ocupan de este caso, mencionado, no obstante, por los comentaristas franceses y belgas, con las importantes consecuencias de que, en él, el suicidio y la condena capital del deudor permiten al rentista rescatar el capital que entregó á aquél y le obligan á restituir el excedente de lo que hubiera percibido sobre el interés legal. Pero no estando establecida la renta vitalicia como contrato en favor del deudor ó pagador de la pensión, la muerte de éste en todos los casos ordinarios en que su vida no sirve de tipo para la duración de la pensión, debe ser indiferente para los efectos jurídicos de la obligación, la cual pasará á los herederos de dicho deudor, como todas las procedentes de la convención, pues sabido es que el que contrata, lo hace para sí y para sus causahabientes. Por el contrario, en los rarísimos casos en que la renta se constituya sobre la vida del que la paga, su muerte ha de extinguir la pensión. Las partes cuidarán de no adoptar esta forma de constitución de la renta ó de prever las consecuencias que se pueden temer.

Otra duda pudiera suscitarse si sólo se atendiese á los términos del artículo aisladamente considerado. Nos referimos á la porción de bienes que puede ser destinada á dicho objeto. El Código no dice nada acerca de ello y en vista de su silencio, cabe preguntar, ¿puede el constituyente de la renta vitalicia destinar á dicho objeto, para después de su vida, todos los bienes que posea?

El Código, en los artículos del presente capítulo, no resuelve el caso; pero, á nuestro juicio, el mismo silencio de la ley hace que deba decidirse esta cuestión por las disposiciones generales de la misma.

En su virtud, habrá que distinguir si el constituyente tiene ó no herederos legitimarios, y en el primer caso habrá que contestar categórica y terminantemente en sentido negativo á di-

cha pregunta, porque con ello se defraudaría la legítima de los herederos forzosos.

Febrero (1), ocupándose de esta cuestión, si bien limitada á la entrega de por vida, sostenía que el que tenía herederos forzosos no podía entregar por su vida á un extraño ni á otro todo su caudal á censo vitalicio, y que, en dicho caso, se anularía el contrato, pues podría constituir una donación simulada en perjuicio de los derechos legitimarios. Sin embargo, en este caso, como se trata de un contrato oneroso, aparentemente al menos, creemos que sería necesario para anular el acto, probar que en todo ó en parte encubría una donación.

II. *Concordancias.*—Concuerda el presente artículo, á más de los ya citados, con el 1285 del Código de Austria, si bien éste limita la duración y extensión del contrato en los términos que tenemos indicados ya en otra ocasión, haciéndole depender de la vida de uno ú otro de los contratantes ó de un tercero.

El Código mejicano, en sus arts. 2914, 2915 y 2916, establece que la renta puede constituirse sobre la vida del que da el capital ó de un tercero ó sobre la de varias personas determinadas, aunque ninguna de ellas ponga el capital, añadiéndose en el tercero de dichos artículos, que puede ser constituída á favor de aquélla ó aquéllas personas sobre cuya vida se otorga, ó á favor de otras distintas.

Tienen también concordancias con este artículo el 2147 del Código del Uruguay y los 1813 al 1815 del de Holanda, 1454 al 1456 del de Vaud, 2265 y 2266 del de Chile, 2914 al 2916 del de Campeche, 2077 del de la República Argentina, 2786 al 2788 del de la Baja California, 2174 del de Veracruz-Llave, 612 y 614 del antiguo de Prusia, parte 1.ª de su tít. 11, y algunos otros.

ARTÍCULO 1804

Es nula la renta constituída sobre la vida de una persona muerta á la fecha del otorgamiento, ó que en

(1) Núm. 60, párrafo 4.°, cap. 20, tomo 2.°

el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue á causar su muerte dentro de los veinte días siguientes á aquella fecha.

I. *Fundamento jurídico de este precepto.*—También en las nociones generales con que encabezamos el examen de este capítulo nos ocupamos ya de la disposición contenida en el presente artículo. Su justicia es de tal evidencia, que, en realidad, no requiere justificación alguna su demostración, ni necesita comentario de ninguna clase para la recta inteligencia de su precepto.

Fundándose el contrato de renta vitalicia, como todos los aleatorios, en una esperanza dependiente de un suceso incierto, carecería de dicho fundamento si la incertidumbre desapareciera y si el hecho que le sirve de base no existiera, como sucedería si hubieran fallecido ya al tiempo de su otorgamiento las personas sobre cuya vida se constituyese. Por lo tanto, el contrato que en dichas circunstancias se celebrara caería por su base por falta de materia, ó sea de riesgo, que según hemos dicho debe ser la esencia de esta clase de convenciones. También habría error en el consentimiento, puesto que se contrataba la renta en el supuesto de la existencia de una persona que ya no existía.

Además, el art. 1808 exige para que pueda reclamarse el pago de la renta convenida, que se justifique la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituída, y mal podría cumplirse dicha exigencia si la persona cuya existencia había de justificarse hubiera fallecido. El contrato quedaría ineficaz también por este motivo.

Por la misma razón antes dicha de carecer de base ó de causa suficiente, tampoco podría surtir efectos el contrato celebrado cuando la persona sobre cuya vida se constituye la renta se hallare padeciendo, al tiempo de su constitución, una enfermedad que llegase á causar su muerte en el breve plazo que el artículo determina. Podrá discutirse si el plazo de duración de esa persona debe ser mayor ó menor, pero de ningún modo puede haber lugar á controversia en cuanto á la justicia de la resolución,

porque la renta constituída sobre la vida de un moribundo no tiene eficacia alguna.

El precepto de este artículo es, pues, una consecuencia de la doctrina de la causa en los contratos como requisito esencial de su validez.

«Los contratos sin causa ..., no producen efecto alguno», dice el art. 1275 del Código. «Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario», añade el 1277.

Ahora bien: en el contrato aleatorio de renta vitalicia, la causa del contrato está en la probabilidad de una vida que, si no existe ó está amenazada de riesgo, desnaturalizaría enteramente la índole del contrato. De aquí la rotunda nulidad pronunciada por el Código; nulidad de la cual tan sólo podrá escaparse una serie de casos por deducción de la misma doctrina general, aunque el Código no lo declare expresamente. Esta serie de casos será la de las rentas constituídas á título gratuíto, en las que se disimula una verdadera donación. La causa entonces, extraña á la ganancia ó pérdida de la suerte, no puede sufrir la acción del defecto de ésta; y por otra parte, afirma su validez en el mentado art. 1277, en combinación con el 1276, según el cual, aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario (siempre, por supuesto, dentro de la teoría general de la validez de las donaciones, á que nos referimos).

Descontado, pues, este orden de casos, tenemos la absoluta nulidad:

a) De la renta constituída, á título oneroso, sobre la vida de una persona muerta á la fecha del otorgamiento, sea ó no esta misma persona el beneficiario.

b) De la renta constituída, á título igualmente oneroso, sobre la vida de una persona, beneficiaria ó no de ella, que en la misma fecha del otorgamiento se halle padeciendo una enfermedad que llegue á causar su muerte dentro de los veinte días siguientes á aquella fecha.

Precisa es para ello la reunión de las tres circunstancias siguientes: 1.°, enfermedad de la persona cuya vida sirve de regulador de la renta, esto es, que da ó pone el *alea* (la suerte, el riesgo) en el contrato, aprovéchele ó no á él; 2.°, defunción á consecuencia de la enfermedad misma diagnosticada; 3.°, en los veinte días siguientes al contrato. La palabra enfermedad ha de tomarse, más que en el sentido estricto técnico, en relación con el ánimo del legislador, el cual quiere declarar la nulidad de contratos que, siendo de naturaleza realmente aleatoria, estarían de antemano prejuzgados y fuera de la acción de la suerte. Muchas de las formas patológicas clínicamente definidas, no tienen un pronóstico rápidamente mortal, siendo esto lo que quiere decir el Código. El parto seguido de muerte en los veinte días de constitución de una renta vitalicia sobre la vida de la difunta, beneficiaria ó no, no la anula, no sólo porque el parto no es enfermedad (nada más fisiológico que él, puesto que es la condición de la continuidad de la vida), sino principalmente porque, por sí mismo, jamás produce la muerte. Del mismo modo, por avanzada que sea la edad de la persona sobre cuya vida se constituya una renta, en su favor ó no, su muerte, dentro de los veinte días siguientes á la celebración del contrato, no le anula, porque la avanzada edad de una persona no permite predecir, sin otros signos, que morirá en los veinte días inmediatos. ¿Pero por qué veinte días, ni uno más ni uno menos?, se dirá en seguida. Aquí tocamos, una vez más, la cuestión del límite legal de los sucesos y los hechos, viniendo á la memoria sus ventajas é inconvenientes.

Hasta aquí suponemos que la renta se ha constituído sobre la vida de una sola persona. La cuestión se complica si imaginamos que constituída sobre la vida de varias, se ha realizado en la persona de la primera que se designó la condición del artículo que comentamos. ¿Diremos que el contrato es también nulo?

No todas las opiniones están conformes en cuanto á la resolución de esta cuestión. Unos entienden que debe reputarse nulo

el contrato, porque en dicha hipótesis pueden aplicarse las mismas razones que imponen la nulidad en el caso de haberse constituído la renta sobre una persona ya difunta ó sobre la de un moribundo, pues si bien no está abolido totalmente el carácter aleatorio se halla considerablemente disminuído.

Por el contrario, otros opinan en favor de la validez fundándose en que el contrato no carece de objeto ni resulta imposible y puede producir efectos jurídicos, debiendo estarse á la regla de interpretación de los contratos favorable á su eficacia cuando sea posible su cumplimiento en todo ó en parte.

En la jurisprudencia extranjera encontramos alguna decisión declarando la validez de la renta constituída sobre muchas personas ó cabezas, aun cuando una de ellas muera dentro de los veinte días; pero ni la nuestra ni el Código resuelven dicha cuestión, y habrá de estarse para dicho efecto á las reglas generales en materia de contratación.

A pesar de la prohibición del artículo, ¿podría subsistir el contrato hecho en las condiciones expresadas en el mismo si las partes así lo establecieran?

También ha sido objeto de discusión esta hipótesis. La jurisprudencia belga tiene declarado que debe considerarse nula la estipulación de mantener el contrato aunque sobrevenga dentro de los veinte días la muerte de la persona sobre cuya vida se hubiese constituído la renta.

Nuestros tribunales no han tenido ocasión de hacer declararión alguna acerca de dicha cuestión, pero en el caso de que se suscitase alguna contienda sobre ello, la resolución, á nuestro juicio, no podría menos de ser igual, porque la estipulación en que se hiciese constar la voluntad de las partes favorable á la subsistencia del contrato, en tal caso sería nula como contraria á la ley, y en tal concepto no podría surtir efecto alguno.

Y no puede entenderse de otro modo, porque la prohibición del artículo se funda en una razón de moralidad que está sobre la voluntad de los contratantes, y si bien la base del régimen legal establecido por nuestro Código en materia de contratación,

el respeto á la voluntad de las partes y la libertad de las mismas en las estipulaciones que convengan, esto debe entenderse siempre dentro de los límites de la ley, de la moral y del órden público, salvo, como hemos dicho, el caso en que se trate de una verdadera donación hecha en favor de la persona que recibe el capital.

II. *Concordancias.*—Concuerdan con el presente los artículos 1974 y 1975 de los Códigos de Francia y Bélgica. Pero no así el 1795 del de Italia, el cual se limita á declarar la nulidad de la renta vitalicia constituída sobre la vida de una persona difunta al tiempo de la celebración del contrato prescindiendo del caso de enfermedad. Los antiguos Códigos de las Dos Sicilias y de Parma, habían reproducido el precepto del Código Napoleón; pero la segunda parte de la disposición (relativa á la nulidad de la renta constituída sobre la vida de una persona enferma de enfermedad de la que muere dentro de los veinte días siguientes á la fecha del contrato) motivó graves dudas. Es difícil, en efecto, y á veces imposible, decidir si la muerte ocurrida dentro del plazo que se marque, procede de la primitiva enfermedad ó de otra posterior, ó de una causa ocasional extraña á todas. Por lo mismo, los Códigos sardo y estense, queriendo obviar los inconvenientes, declararon nula la constitución de renta si la persona muere dentro de los cuarenta días siguientes al contrato, eliminando toda investigación sobre la causa de la muerte. Hecha la unificación, el Código civil del reino de Italia ha suprimido enteramente el caso de nulidad de la renta constituída sobre la vida de persona enferma. Tal vez es la mejor solución dejar á la apreciación judicial la declaración de si el hecho constituye verdaderamente, en estas condiciones, un contrato aleatorio ó un acto de liberalidad de la parte.

El Código mejicano, en sus arts. 2919 y 2920, establece la misma doctrina que el nuestro, si bien evitando los inconvenientes de precisar un plazo fijo para la muerte, en caso de enfermedad, y refiriendo ésta, no sólo á la persona sobre cuya vida se constituye, sino también á aquella en cuyo favor se otorga la renta.

Según el primero de dichos artículos, «el contrato de renta vitalicia es nulo si la persona sobre cuya vida se constituye ha muerto antes de su otorgamiento»; y con arreglo al segundo, también es nulo dicho contrato «si la persona *á cuyo* favor se constituye la renta muere dentro del plazo que en él se señale, y que no podrá bajar de treinta días, contados desde el del otorgamiento».

Tienen también concordancias con el artículo que examinamos los siguientes: el 1816 del Código de Holanda, el 2270 del de Chile, el 2176 del de Veracruz-Llave, el 1457 y el 1458 del de Vaud, el 2148 del del Uruguay, el 2078 del de la República Argentina, el 2791 y el 2792 del de la Baja California y el 2919 y 2920 del de Campeche, si bien con la diferencia de que los Códigos uruguayo y chileno señalan el plazo de treinta días para el caso de que se trate de un enfermo que hubiera fallecido á causa de la enfermedad que padeciera cuando se otorgó el contrato, cuyo plazo lo hace extensivo el de Veracruz-Llave al término de cuarenta días. El Código de la República Argentina fija también el término de los treinta días para el caso de enfermedad.

ARTÍCULO 1805

La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia á exigir el reembolso del capital, ni á volver á entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho á reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

I. *Juicio crítico de la disposición de este artículo.*—Ya hemos visto, al comentar el primero de los artículos que el Código dedica á la renta vitalicia, cómo este contrato participa de la naturaleza de otros varios hechos jurídicos, á saber:

Renta gratuíta = donación, legado.

Idem onerosa:

1) Sobre entrega de capital en dinero = préstamo.

2) En otros bienes = compraventa.

Parecía natural que esta afinidad diversa no fuera una declaración teórica, sino que hiciera sentir sus consecuencias sobre los efectos en general del contrato, y especialmente sobre uno de ellos: la falta de pago de las pensiones vencidas. Y así, en este caso:

a) En la renta gratuíta constituída *inter vivos* se tomaría como una revocación de la donación.

b) En la misma renta gratuíta constituída *mortis causa* y en la renta onerosa sobre entrega de capital en dinero, el rentista podría reclamar el pago de las pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras.

c) Y en la renta onerosa sobre entrega del capital en otros bienes muebles ó inmuebles, el rentista podría pedir la rescisión del contrato, por analogía con lo que sucede en la compraventa (arts. 1469, 1479 y 1483).

Pero el Código ha preferido erigir en sistema la solución que establece el artículo que examinamos, la cual crea un derecho especial, algún tanto desnaturalizado, para el caso postrero. Los motivos que se alegan para justificar esta opinión no nos parecen verdaderamente serios. Se dice que admitir la rescisión por defecto de pago de las pensiones vencidas, sería despojar al contrato de solidez; pero esto, ¿no será, en general, la crítica de la acción rescisoria? Se añade que admitir la rescisión por defecto de pago de la pensión vencida, sería permitir su disolución por «la infracción más leve». Pero, ¿no es acaso la principal obligación del deudor la de pagar la renta? Además, ¿no se admite la acción en la compraventa?

El fundamento jurídico del precepto contenido en este artículo no se halla en ninguna de esas consideraciones aducidas en su apoyo, sino en la razón que hemos indicado ya en otra ocasión, derivada de la propia naturaleza de este contrato y de los efectos jurídicos especiales del mismo.

En efecto; entregado el capital, mediante cuya entrega se contrae la obligación de pagar la renta, el dominio del mismo

se transfiere desde luego al pagador de la pensión, conforme á lo dispuesto en el art. 1802, sin necesidad de ningún otro acto, aunque con la carga consiguiente de abonar dicha renta, y de ningún modo puede haber lugar á la restitución, porque en otro caso, si se permitiera la devolución por la falta de pago de alguno de los plazos vencidos que no fuera satisfecho puntualmente, se daría el absurdo de que el pensionista recobraría, con la restitución ó rescisión, una cosa de la cual estaba pagado ya en parte, toda vez que las pensiones se reputan parte del *precio* del capital entregado.

No se está en el caso del mutuo con interés, en cuyo contrato el mutuatario está obligado á devolver el capital y á abonar además los intereses pactados, los cuales no son parte de la restitución ó amortización del principal, y, por consiguiente, el abono de ellos no constituye obstáculo alguno para la devolución del capital. Por el contrario, en la renta onerosa el capital se entrega para no devolverlo, quedando pagado éste con el abono de las pensiones, las cuales constituyen, como hemos dicho, el precio de ese capital. En su virtud, para que la rescisión se hiciera en términos de justicia, sería preciso que al restituirse el capital se devolvieran las pensiones satisfechas. Por eso, en la imposibilidad de restablecer las cosas jurídicamente al estado que tenían al tiempo de celebrarse el contrato, la ley ha adoptado el sistema que queda expuesto.

Pero cualquiera que sea su fundamento, el derecho especial establecido es bien terminante, y, según él, el perceptor de la renta no está autorizado para exigir el reembolso del capital ni volver á entrar en la posesión de lo enajenado, y sólo tiene derecho á reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

Este aseguramiento se conseguirá por alguno de los medios de garantía que ha creado el derecho y que establece en los títulos 14 y 15 de este libro (fianza, prenda, hipoteca, anticresis). Será posible que el capital mismo que el rentista enajenó para crearse la renta, sea la propia garantía de su derecho, cuando

consista en inmuebles ó en muebles que no sean dinero, concediéndole los derechos de hipoteca ó prenda.

El Código holandés, en su art. 1819, establece la misma doctrina que el nuestro, aunque no en términos tan expresivos, y también se hallan conforme con él el art. 1461 del de Vaud, y antes de la unificación de la legislación italiana el 1850 del napolitano y el 2012 del sardo. El vigente Código alemán no contiene disposición alguna aplicable á la cuestión objeto del presente artículo; pero el prusiano, en el 647, tít. 11, parte 1.ª, disponía que cuando el deudor de la renta no la hubiere pagado en tres años, podía el acreedor repetir el capital sin dedución de lo que hubiera recibido anteriormente por atrasos.

Hoy esa rescisión autorizada por el Código prusiano, es por completo insostenible, pues consumándose el contrato con la entrega del capital, la sola negligencia en el pago de la renta, como dice Goyena, no es una causa de rescisión, y sólo da acción para compeler á la ejecución de un contrato perfecto, ya que no puede extinguirse sino por el acontecimiento que le sirve de base, ó sea por la extinción de las vidas durante las que se constituyera. De lo contrario, se haría pronunciar la nulidad de un acto cuando sólo se tiene derecho para pedir su ejecución.

El Código mejicano, en sus artículos 2923 y 2924, dispone exactamente lo mismo que el 1805 del nuestro, añadiendo en el 2925, que el deudor de la obligación no puede librarse del pago de la renta, ofreciendo el reembolso del capital y renunciando á la repetición de las pensiones pagadas, sino que debe cumplir el contrato en la forma y en los términos convenidos por onerosos que le fueren; salvo que la oferta fuere aceptada voluntariamente: prohibición que se halla en un todo conforme con el fin de dicho contrato y con la índole especial del mismo.

Sin embargo, dicha legislación admite la rescisión por parte del acreedor, disponiéndose en su art. 2921 que «aquel á cuyo favor se ha constituído la renta mediante un precio, puede demandar la rescisión del contrato si el constituyente (el deudor) no le da ó conserva las seguridades estipuladas para su ejecución».

Lo mismo venía á establecerse en el párrafo 1.º del art. 1708 del proyecto de 1851, el cual autorizaba la rescisión en dicho caso, porque aquél no se hallaba consumado, naciendo la rescisión de la contravención á sus condiciones. Por el contrario, cuando el contrato había sido ya consumado se prohibía dicha rescisión, según puede verse en el art. 1709 igual al 1805 objeto del presente comentario.

Esta es la doctrina más corriente y la más conforme con los buenos principios jurídicos, porque la renta ó pensión que se paga por virtud de dicho contrato, no es el interés del capital, sino el precio del mismo y á cada pago de ella que se haga se extingue una parte de la deuda, ó sea del capital entregado. En su virtud, no podemos menos de estimar acertada la disposición consignada en el presente artículo.

¿Pueden las partes convenir en un régimen distinto al que el Código establece? ¿Puede pactarse la rescisión del contrato por falta de pago de las pensiones? ¿Será permitido el pacto de que no pagándose la renta vuelva al acreedor el capital ó los bienes entregados para la constitución de la misma?

Según Rogrón, la casación francesa resolvió en sentido afirmativo esta última cuestión, y con el mismo criterio resuelven los intérpretes la primera, al comentar el art. 1978 del Código de Napoleón, similar al 1805 del nuestro. La Comisión redactora del proyecto del Código de 1851, se inspiró en un criterio contrario, y para evitar toda duda acerca de ello, consignó en el art. 1709 lo mismo que dice el Código vigente, añadiendo las palabras siguientes: *aunque se haya pactado lo contrario.*

Movióle á seguir ese criterio, según Goyena, lo desfavorable de dicho contrato, así como el que evidentemente se enriquecería el acreedor en ese caso á expensas del deudor. Además, por virtud de ello, éste habría de pagar más de lo que recibió, y ese pacto sería nulo, tanto con arreglo al derecho romano (1), como á la legislación de Castilla (2).

(1) Ley 11, párrafo 1.º, tít. 11, libro 12 del Digesto.
(2) Ley 31, tít. 11 de la Partida 5.ª

En el Código vigente se ha prescindido de la locución *aunque se haya pactado lo contrario.*

Siendo las anualidades satisfechas de la renta pagos parciales del capital, es evidente que al acreedor de la pensión no se le perjudica por la nulidad del pacto citado, ni por la prohibición consignada en este artículo, y, por el contrario, en otro caso se perjudicaría considerablemente al deudor. Esta es otra de las razones que convencen de la justicia y procedencia del precepto á que nos referimos. Pero á pesar de ello, y, por tanto, de la evidente justicia del precepto de este artículo, debemos ver en él, como en la mayoría de las disposiciones del Código, la regla legal y natural aplicable en todos los contratos de renta vitalicia, cuando los interesados no pacten expresamente, y sin ofensa de la moral ni del derecho, una cosa distinta. Los contratantes pueden estipular desde el principio, por ejemplo, que los mismos bienes cedidos en propiedad aseguren el pago de la pensión, en forma de hipoteca, anticresis ó prenda, aunque normalmente la renta vitalicia no lleva consigo tal garantía. Del mismo modo pueden pactar la rescisión del acto por falta de pago de la pensión, condición que sólo es contraria al interés particular de uno de los contratantes, que, sin embargo, la acepta, y que no se opone á lo preceptuado en el art. 1290, porque si bien éste sienta la regla general de que los contratos válidamente celebrados sólo pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley, es evidente que dicho artículo se refiere á causas de rescisión legal, no á causas voluntarias ó preestablecidas por la voluntad de los contratantes, que saben de antemano el límite marcado por ellos mismos á sus derechos y obligaciones, y que se consignan y respetan con demasiada frecuencia en toda clase de contratos.

La última cuestión planteada viene á ser repetición de la anterior, y debe resolverse en el mismo sentido. El artículo que comentamos, al suprimir las palabras «aunque se haya pactado lo contrario», que se consignaban en el 1709 del Proyecto de 1851, muestra su criterio favorable á la libertad de estipulación.

La Dirección general de los Registros, en resolución fecha 28 de Mayo de 1895, ha establecido la doctrina de que la constitución de la renta vitalicia da derecho á los pensionistas para percibir las rentas, pero nunca para capitalizarlas y hacer efectivo el capital de las mismas con daño evidente de los futuros perceptores é infracción manifiesta de lo ordenado, si la obligación no hubiera de extinguirse con la muerte de los mismos, fundándose dicho Centro, para sostener esa doctrina, precisamente en el texto del artículo que examinamos, ó sea el 1805 del Código, pues si con arreglo á éste ni aun la falta de pago de las pensiones vencidas autoriza al perceptor para exigir el reembolso del capital, se deduce de ello que con mayor razón ha de estar prohibido al pensionista extinguir la renta mediante una capitalización convenida con el dueño de la finca ó fincas gravadas, y el percibo consiguiente del capital estipulado.

II. *Concordancias.*—A más de los artículos ya citados de los Códigos de Francia, Holanda y Méjico, tienen concordancias con el artículo objeto del presente comentario, los siguientes: el 1797 del Código de Italia, el 1798 del de Bélgica, el 1461 del de Vaud, el 2153 del del Uruguay, el 2271 y 2272 del de Chile, el 2088 del de la República Argentina, el 2180 del de Veracruz-Llave, el 2795 y el 2796 del de la Baja California y el 2923 y 2924 del de Campeche, en todos los cuales se establece la misma doctrina de que el perceptor de la pensión, en el caso de no ser pagada con puntualidad la misma, sólo tiene derecho para reclamar judicialmente del deudor el pago de las porciones de rentas vencidas y no satisfechas, ó el aseguramiento de las futuras, pero no á la devolución de la cosa ó del capital entregado para constituirla; es decir, que sólo se concede acción para exigir la ejecución ó el cumplimiento del contrato.

Antes de la unificación de la legislación italiana concordaba también con lo dispuesto en el presente artículo el 1850 del Código napolitano y el 2012 del sardo, y en cuanto al derecho alemán, concordaba igualmente el artículo 647 del Código de Prusia anterior al Código civil del Imperio, cuyas citas hace-

mos para demostrar la generalidad de la doctrina contraria á la rescisión.

ARTÍCULO 1806

La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción á los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado á correr.

Es de tan buen sentido el precepto consignado en este artículo, que realmente no necesita comentario alguno, con tanto más motivo, cuanto que la doctrina establecida en el mismo se halla en perfecta relación con lo prevenido en los arts. 474 y 475 del Código civil, en que se establecen las reglas procedentes para el percibo por el usufructuario de los frutos civiles producidos por los bienes usufructuados, así como de las rentas ó pensiones periódicas objeto del usufructo.

El principio de la proporcionalidad se impone en estos casos, porque los réditos ó pensiones de la renta vitalicia los adquiere el acreedor á medida que nacen y en proporción á los días transcurridos desde su nacimiento.

En efecto; la renta, como fruto civil que es, se adquiere día por día; y, por consiguiente, así se pagará la anualidad última, incompleta por la muerte. Excepción de esta regla es el caso de la renta que se percibe por plazos anticipados, los cuales se cobran íntegros apenas comenzaron á correr. Ejemplos: si la renta se extingue un día 2 de Enero, en el primer caso será de 2/365 partes; en el segundo, de 1/12, 1/4, 1/2, si los plazos anticipados son mensuales, trimestrales ó semestrales. Se comprende que esta forma de pago de la pensión hace doblemente aleatoria la constitución de renta.

El artículo está redactado refiriéndole al caso en que la renta se halla constituída sobre la vida de la persona misma que la

disfruta. Todo hace creer que lo mismo debe entenderse para el caso en que la renta se constituya sobre la vida de persona que no sea, á la vez, el rentista.

Concuerda este artículo con el 1980 del Código Napoleón y con el 1799 del de Italia.

El Código civil del Imperio alemán establece, en su artículo 760, que la renta vitalicia se pagará por adelantado, debiendo hacerse los pagos por trimestres anticipados cuando se trate de renta en metálico, y si fuere en cualquier otra especie, se determinará el tiempo por el que deba pagarse según la naturaleza y el fin de aquélla, añadiéndose, como en el art. 1806 de nuestro Código, que si el rentista sobreviviese al principio del período de tiempo por el que debe ser pagada la renta, tendrá derecho á todo el importe de dicho período.

El Código mejicano consigna, en su art. 2926, un precepto enteramente igual al que examinamos, y tienen además concordancias con éste los artículos siguientes: el 1980 del de Bélgica, el 1822 del de Holanda, el 1463 del de Vaud, el 2156 del del Uruguay, el 2081 del de la República Argentina, el 2276 del de Chile, el 2898 del de la Baja California, el 2926 del de Campeche, todos los cuales parten del supuesto de que los réditos de la renta vitalicia nacen, como todos los frutos civiles, día por día, no debiendo contarse el de la muerte del testador, porque para estimarse cumplido el día, es preciso que sea completo.

En cuanto á las legislaciones italiana y alemana anteriores á la unificación del derecho de sus diversos Estados, concordaban también con el art. 1852 del Código napolitano, el 2014 del sardo y el 649 del prusiano.

ARTÍCULO 1807

El que constituye á título gratuíto una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta á embargo por obligaciones del pensionista.

I. *Fundamento jurídico del precepto de este artículo.*—Hemos dicho ya que la forma general de constituirse la renta vitalicia es la de contraerse por una persona la obligación de satisfacer la pensión ó rédito anual mediante la entrega de un capital en bienes muebles ó inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de dicha pensión. Ese es también el concepto que de este contrato da el art. 1802; pero aparte de esa forma onerosa, la ley reconoce la posibilidad de que la renta se establezca por título lucrativo por una determinada persona sobre sus propios bienes, y este es el caso á que se refiere el presente artículo.

La constitución de la renta en este caso tiene el carácter de una donación, de una liberalidad hecha por el constituyente, y en correspondencia con ella el Código permite á éste que al tiempo del otorgamiento del contrato, al contraer la obligación del pago de la pensión ó rédito anual, haga la reserva de que la renta estipulada no quedará sujeta á embargo alguno por obligaciones del que la recibe.

La disposición de este artículo tiene su fundamento jurídico en la propia naturaleza del contrato celebrado en dicho caso, cuyas circunstancias le asemejan á la donación y al legado. Su justicia se comprende también fácilmente, porque es de derecho natural y hasta de mero buen sentido que quien hace una liberalidad y contrae voluntariamente, y sin venir obligado á ello, el compromiso de satisfacer la pensión, puede llevarlo á efecto en dicho caso con las condiciones que tuviere por conveniente establecer, siempre que éstas no sean contrarias á la moral ó á las leyes. Sobre esto no puede caber duda alguna, y menos en el estado actual de la ciencia jurídica, la cual fundada y acertadamente establece distinción notoria entre la renta vitalicia constituída á título oneroso y la que lo es gratuítamente.

Para justificar precepto análogo del Código francés, decíase en el discurso 88 (1): «Siempre se ha reconocido que las prime-

(1) V. Pothier, núm. 252.

ras (las rentas vitalicias constituídas á título oneroso) pueden ser embargadas por los acreedores del propietario (de ellas), aun cuando se haya estipulado en el contrato que no puedan serlo, porque nadie puede privarse á sí mismo de la facultad de contraer deudas ni privar á sus acreedores de la de hacerse pago con sus bienes. Pero no sucede lo mismo en las rentas vitalicias creadas por donación ó legado. El testador ó donador puede ordenar válidamente que la renta vitalicia que él lega ó dona no pueda ser embargada por ningún acreedor del legatario ó donatario. La razón es que el que hace una liberalidad puede hacerla con la condición que estime conveniente.»

Desde luego se comprende que la disposición de este artículo sólo puede referirse al caso en que la renta se constituya en favor de una persona distinta del dueño de los bienes sobre los cuales se establece la carga, pues, por el contrario, si dicho dueño fuera el que la constituyera á su favor con dinero ó bienes de su propiedad, reuniendo así el carácter de dueño y pensionista, no podría nunca añadir la cláusula ó condición que expresa el artículo que examinamos, porque entonces sería obrar en fraude de los acreedores, procurando librar sus bienes de la acción que á éstos asiste para reclamar su embargo.

Dicho precepto ha sido objeto de impugnación por algunos que, no atendiendo más que al sentido literal de sus términos, entienden ha venido á modificar el orden legal establecido hasta la publicación del Código, permitiendo librar de la ejecución y del apremio bienes que en otro caso estarían sujetos á tales procedimientos, siendo fácil y lícitamente embargables por los acreedores del pensionista, sin que á ello pudiera oponerse el deudor de la pensión.

En demostración de dicho supuesto se hace la siguiente consideración: el art. 1449 de la ley de Enjuiciamiento civil únicamente preceptúa que no estarán nunca sujetos á embargo el lecho cotidiano del deudor, de su mujer é hijos, las ropas del preciso uso de los mismos y los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el primero pueda estar dedicado; y añade

que, fuera de estos casos, ningunos otros bienes se considerarán exceptuados, y, no obstante tan terminante declaración, la ley posterior del Código civil, dicen, viene á modificar este artículo, facultando al constituyente de renta vitalicia, á título gratuíto, para hacerla libre de embargo por obligaciones del pensionista.

Pero esa misma facultad la ha autorizado siempre nuestro antiguo derecho en el legado y en la donación, de cuyos caracteres participa la renta vitalicia creada á título lucrativo; y por lo tanto, no es que la nueva ley declare inembargables unos bienes que antes pudieran ser objeto de traba, sino que únicamente se sanciona el cumplimiento de una condición posible y perfectamente legal, que está dentro de los términos de lo lícito en el orden jurídico y que no hay razón alguna para prohibirla siempre que no se trate de rentas constituídas á título oneroso, pues revestiría entonces un carácter marcadamente inmoral.

El artículo procede del 1981 del Código de Napoleón, que, en una forma distinta, expresa el mismo precepto diciendo: «La renta vitalicia sólo puede ser declarada insecuestrable cuando se constituye á título gratuíto.» Análogo es el art. 1800 del Código italiano.

El proyecto de Código de 1851 se inspiró en el mismo criterio y consignó un precepto análogo disponiendo en su art. 1711, que «solamente el que constituye á título gratuíto una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta á embargo por derechos de un tercero»; pero los autores del Código aunque conservaron su espíritu, modificaron sus términos para darle mayor claridad. Conservaron la condición de que sólo podrá hacerse uso de esa facultad al tiempo de otorgarse el contrato, ó sea á la constitución de la renta, para evitar posibles y fraudulentas novaciones; y además limitaron la prohibición del embargo en cuanto á las obligaciones del pensionista, poniendo así término á las dudas á que podía dar lugar la locución empleada en el proyecto citado en que se hablaba de los derechos de un *tercero* en términos tan generales,

que lo mismo podía referirse á deudas del pensionista que del contrayente de la obligación.

Esos bienes sobre los cuales se constituye á título gratuíto la renta, ¿podrán ser embargados por deudas del dueño de ellos? Á nuestro juicio, la contestación afirmativa es evidente y no puede dar lugar á dudas. La redacción del art. 1711 del proyecto de 1851 podía sí suscitarlas, y por eso se ha tenido buen cuidado de precisar en el Código vigente los términos de su precepto en la forma antes indicada.

La razón de esa limitación se ofrece desde luego á la más somera meditación sobre las consecuencias que podrían derivarse de entender la disposición legal en el sentido que autorizaba la letra del artículo antes citado, pues si, en efecto, debían considerarse los bienes destinados á dicho fin libres de todo embargo por derechos de un tercero, cualquiera que éste fuese, podría darse lugar á confabulaciones y fraudes, por cuyo medio sería fácil al dueño de ellos librarlos de toda ejecución por deudas propias, defraudando así los intereses de sus acreedores.

Esto no podía consentirlo la ley por ser contrario á la moral y á la justicia, y con razón ha tratado de impedirlo el Código con la actual redacción de su art. 1807, por la razón de que nadie puede privar á sus acreedores del derecho de hacerse pago de su crédito con los bienes de su deudor, salvo las preferencias legítimas reconocidas en derecho. Por lo tanto, no hay razón alguna para considerar inembargables los bienes indicados por obligaciones del constituyente de la renta, y por lo tanto, podrán ser objeto de ejecución en dicho caso, dentro siempre de las reglas que regulan la concurrencia de créditos.

II. *Concordancias.*—Concuerda este artículo, además de los de los Códigos francés é italiano que hemos citado ya, con el 1823 del de Holanda, con el 1466 del de Vaud, con el 2076 del de la República Argentina, con el 2799 del de la Baja California, con el 1981 del de Bélgica, con el 2927 del de Campeche, y con el 2182 del de Veracruz-Llave.

El Código mejicano, en su artículo 2927, copió el precepto

del 1981 del francés, pero para evitar dudas declaró en el 2928 que lo dispuesto en el anterior no comprendía las contribuciones, añadiendo en el 2929 que si la renta se había constituído para alimentos, no podría ser embargada la misma más que en la parte que excediera á juicio del Juez de la cantidad que fuese necesaria para cubrir aquéllos según las circunstancias de la persona.

La legislación austriaca contiene un precepto especial relativo á las reclamaciones de que puede ser objeto el contrato de renta vitalicia. En efecto, según el art. 1286, los acreedores del que hubiere estipulado dicha renta para sí, y aun los hijos de éste, no tienen derecho á impugnar el contrato celebrado; pero la ley faculta á dichos acreedores para pedir, no obstante dicha prohibición, que se les satisfaga con la renta vitalicia, es decir con el importe de las pensiones, sus respectivos créditos, y á su vez los hijos del constituyente podrán exigir que una parte de la renta, de que no tenga necesidad el progenitor, sea depositada con el objeto de asegurar los alimentos que con arreglo á la ley se les deban.

Antes de la unificación de las legislaciones de los diversos Estados de Italia, concordaban también con el artículo que examinamos el 1853 del Código napolitano y el 2015 del sardo.

ARTÍCULO 1808

No puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituída.

El fundamento jurídico de la disposición contenida en este artículo se halla en el principio ya indicado de que la base del contrato que estudiamos en el presente capítulo es la existencia de la persona sobre cuya vida hubiere sido constituída la renta. Como su nombre lo indica, ésta es vitalicia, y por lo tanto, se extingue la obligación con la muerte de dicha persona.

Algunos Códigos, como el mejicano, han consignado expresamente esta declaración como uno de sus preceptos; pero en el

nuestro se ha prescindido de ella, porque ésta es de tal naturaleza, que se ha estimado ociosa su expresión en la ley.

Si la pensión no se debe sino mientras exista la persona que sirve de norma á la renta, es lógico y evidente que, para la debida seguridad y como garantía para el deudor de la obligación, debe hacerse la justificación exigida por la ley, cuya justificación corresponde al pensionista conforme á lo dispuesto en el art. 1214, toda vez que reclamando éste, al demandar el pago de la renta, el cumplimiento de una obligación contraída por el pagador de ella, á él incumbe la prueba de la subsistencia de dicha obligación.

Entiéndase bien que la persona cuya existencia ha de acreditarse no es aquella en cuyo favor está constituída la renta, ni tampoco la del obligado á pagarla, pues de no existir pacto en contrario, la muerte de dichas personas no extingue la renta ni produce más efectos que el de transmitir á sus respectivos causahabientes el derecho á reclamar y percibir la pensión ó la obligación de satisfacerla.

Sin embargo, el Código mejicano admite que la muerte del pensionista extinga la renta, y partiendo de dicha base, establece en su art. 2932 que «el pensionista sólo puede demandar las pensiones, justificando su supervivencia ó la de la persona sobre cuya vida se constituyó la renta».

Recuérdese lo que tenemos dicho ya acerca de esta especialidad de dicha legislación. Según ella, la renta vitalicia constituída sobre la vida del mismo pensionista no se extingue sino con la muerte de éste (art. 2930 del Código civil), y por lo tanto, aunque muera el pagador ó deudor de la pensión la renta subsiste; y por el contrario, si se constituye ésta sobre la vida de un tercero, no cesará con la muerte del pensionista, ó sea del acreedor de la obligación, sino que se transmitirá á sus herederos y sólo se extinguirá la obligación por la falta de la persona sobre cuya vida se constituya (art. 2931 de dicho Código). Es decir, que la vida de dicho tercero es la que se adopta entonces como término ó plazo de duración de la renta.

De los términos de dichos artículos resulta plenamente demostrada la posibilidad que hemos indicado de que la muerte del pensionista extinga la obligación del pago de la pensión, en su caso, en el de ser constituída la renta sobre la vida del mismo pensionista, y para ese caso establece el Código mejicano, en su art. 2932, la necesidad de la justificación de la supervivencia del pensionista.

En nuestro Código no existe disposición alguna idéntica; pero la doctrina es la misma é iguales sus consecuencias. En efecto, según el párrafo 2.° del art. 1803, la renta vitalicia puede constituirse á favor de aquella ó aquellas personas sobre cuya vida se otorga ó á favor de otra ú otras distintas; y en el primer caso, como la obligación no subsiste más que el tiempo que viva el pensionista, es indudable que cuando á nombre suyo se reclamen las pensiones habrá que acreditar su existencia para que resulte que no se ha extinguido la obligación, y esa justificación deberá hacerse por virtud de lo dispuesto en el art. 1808, sin necesidad de ningún nuevo precepto que lo ordene.

En los demás casos, es decir, cuando la renta se constituya á favor de un tercero, distinto de la persona sobre cuya vida se establece, entonces como no cesa la obligación por el fallecimiento del pensionista, no es necesario acreditar su existencia. Sólo en el caso de haber pacto expreso en ese sentido sería cuando habría de surtir el efecto de la extinción, y en tal caso precisa sería esa prueba para la justificación de la subsistencia de la obligación; pero entonces esa carga resultaría impuesta al reclamante por virtud de la disposición general del art. 1214, antes citado, y por lo tanto, no sería necesario tampoco ningún precepto especial que exigiera el cumplimiento de dicho requisito.

Por lo demás el artículo es terminante: para reclamar la renta se ha de probar la existencia de la persona de cuya vida pende, sea ésta el acreedor, el deudor ó un tercero extraño. La naturaleza del contrato así lo exige.

Ahora bien: ¿cómo ha de hacerse esta justificación?

La presencia ante el deudor de la persona de cuya vida se deriva la subsistencia de la renta, sea el rentista ó un extraño, sería una prueba plena. Cuando ésta no fuera posible, en el silencio de la ley, la analogía permite suponer que sería suficiente la llamada entre nosotros *fe de vida*, usada para devengar la pensión que concede el Estado á sus clases pasivas.

Esta solución se hace más admisible considerando que un uso análogo se declara suficiente en Francia, en el art. 1983 de cuyo Código civil procede este que comentamos.

Esta cuestión, si bien ha sido objeto de discusión, carece de interés, á nuestro juicio, pues por lo mismo que la ley no ha exigido forma alguna especial para la justificación de la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituída la obligación, claro é indudable resulta que para dicho efecto habrá de estarse á las reglas generales de la prueba, y conforme á ellas podrá hacerse dicha justificación por cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho, en el caso de suscitarse litigio sobre ello.

Concordancias.—El artículo que examinamos concuerda con los arts. 1983 de los Códigos francés y belga, con el 2275 del de Chile, con el 2154 del del Uruguay, con el 1824 del de Holanda, con el 1466 del de Vaud, con el 2022 del de la República Argentina, con el 2804 del de la Baja California, con el 2932 del de Campeche, con el 2183 del de Veracruz-Llave y con el 2932, ya citado, del Código portugués, y algunos otros.

Además concordaban en lo antiguo con lo dispuesto en él el artículo 1855 del Código napolitano, y con el 2017 del sardo, cuyo criterio se reprodujo en el vigente Código civil italiano al unificarse la legislación del Reino.

TÍTULO XIII

DE LAS TRANSACCIONES Y COMPROMISOS

Presentado el grupo de los contratos aleatorios en oposición á los conmutativos, todavía el Código no ha agotado la taxonomía de las especies contractuales; y nuevos títulos, hasta el número de tres, vienen á sucederse antes de que, pasando á otras fuentes de obligaciones, se ocupe de las que nacen sin convenio.

Considerando estos títulos que decimos, adviértese pronto que las especies contractuales que forman su contenido, presentan un carácter marcadamente accesorio de obligaciones (contractuales ó no) anteriores, á las cuales se agregan en dos funciones distintas, á saber: la de asegurar su cumplimiento y la de determinar su resolución en casos litigiosos.

Al grupo de los contratos principales, subdividido en dos miembros (uno—el más desarrollado—, de los contratos conmutativos; de los aleatorios, otro), sucede ahora el grupo de los contratos accesorios de aquéllos ó de obligaciones nacidas de otras fuentes (ley, cuasi-contrato, delito y cuasi-delito).

La lógica exigiría que en la exposición de este nuevo grupo de contratos, aquellos que sirven de aseguramiento de obligaciones anteriores (fianza, prenda, hipoteca, anticresis), precedieran á los que tienen por oficio la resolución de los litigios (transacción y compromiso); ya que, en efecto, lógica y biológicamente, primero es aquéllo que ésto. Con todo, el Código, atento más que á las necesidades lógicas á las prácticas, en las cuales son permitidas estas inversiones de los términos, trata primero de las transacciones y compromisos.

Lo que estas dos formas tienen de común, es, tan sólo, su oficio de servir á la solución de una diferencia en derecho, por la voluntad de las partes que disienten. Su diferencia está en que en la transacción, la solución, se realiza contractualmente por las partes; mientras en el compromiso la lleva á cabo tercero autorizado, según juicio legal *(juicio arbitral)* ó de conciencia *(juicio de amigables componedores)*.

Compréndese bien el valor de estos contratos y su función bienhechora en la vida del derecho, evitando los litigios posibles y terminando los ya suscitados, cuando en alguna de las partes no incide la mala fe ó la litigiosa tenacidad que, como enseñan los autores, «se funda, lo mismo que la delincuencia (de la cual, se dice, es una variedad atenuada), en la falta del sentimiento de solidaridad y en el instinto de combatividad de los hombres» (Anfosso).

Por lo mismo, aunque la doctrina de la transacción no haya podido faltar en ningún estado del derecho, por lo menos aparece preterida casi sin ser nombrada, tanto en el derecho romano como en los tiempos medios, edades ambas en las que se produce hasta la exageración un fenómeno singular que, no obstante sus caracteres anómalos, ha contribuído tanto al desenvolvimiento de la ciencia del derecho. El espíritu litigioso de la época, sustituyendo en los días de paz á la combatividad más ardiente de la guerra, hace surgir los pleitos innumerables que determinan la formación de una clase entera de personas dedicadas á resolverlos (jurisconsultos y profesores de derecho). Luego, á su vez, por un efecto de supersaturación, estas mismas personas creadas por los pleitos, crean á éstos, produciéndose entre tanto en esta acción y reacción mutuas, la elaboración minuciosa del sistema jurídico.

A partir del período de la codificación, en cambio, no falta en Código alguno la doctrina de las transacciones colocada con mayor ó menor acierto en el sistema de los contratos; bien ingerida entre ellos (como en el italiano, que coloca arbitrariamente el título que le está dedicado entre los contratos conmutativos y

los aleatorios, rompiendo la continuidad de unos y otros), bien al término de todos los principales, según, con mayor acierto, hacen el Código francés, portugués, etc.

CAPITULO PRIMERO

De las transacciones.

ARTÍCULO 1809

La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito ó ponen termino al que había comenzado.

I. *Concepto jurídico de la transacción.*—Este artículo da la definición de la transacción en la acepción técnica y específica de la palabra, distinta de la acepción usual y genérica en que se emplea alguna vez como sinónima de convenio.

Supone, ante todo, la transacción necesariamente la existencia de un derecho discutido ó susceptible de serlo. En el derecho romano, parece que la segunda hipótesis no era admisible; esto es, que sólo cabía transacción planteado el litigio; y, en rigor de principios era una exacta deducción, toda vez que el contrato que tiende á prevenir una colisión posible, pero no provocada, tiene más de novación de una obligación anterior que de otra cosa. Todavía, afinando aun más, se debería añadir que la verdadera transacción, además de suponer el litigio planteado, ha de surgir fuera de éste, ó más bien extrajudicialmente, á fin de distinguirla del juramento litisdecisorio, que puede producir los efectos de la transacción.

El Código, no obstante, siguiendo un sistema, que es ya el de la mayor parte de las legislaciones modernas, llama igualmente transacción, supuesto que iguales son sus efectos, tanto á la que judicial ó extrajudicialmente se produce para poner término á un pleito comenzado, como á la que tiene por objeto evitar la pro-

vocación de alguno resolviendo una diferencia sobre la existencia de un derecho, su nacimiento, su extensión ó extinción. En este segundo caso de transacción preventiva, bastará para la validez del contrato que el derecho sea dudoso en opinión de las partes que transigen, aun cuando no lo parezca, á un tercero desinteresado y competente. En otros términos: la cuestión de saber si el derecho objeto de la transacción es ó no dudoso, debe apreciarse subjetivamente.

Tal era la solución del derecho romano, conforme también con el espíritu de nuestra ley, que ha querido hacer de la transacción un instrumento de paz, y que, por lo mismo, debe autorizar su empleo para disipar la eventualidad misma de una discusión.

Segundo requisito necesario de la transacción es que las partes, con el ánimo antes señalado (la prevención ó la solución de un litigio), se hagan mutuas concesiones, iguales ó desiguales en valor. Si no, la transacción se confundiría con otros actos jurídicos; por ejemplo, la renuncia de derecho, la remisión de deuda, etc. *Transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit.* Este segundo requisito esencial, omitido defectuosamente en la definición del Código Napoleón (art. 2044), quiere expresarle el nuestro con los términos empleados en el presente artículo, al decir que: «la transacción es un contrato *por el cual las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada una alguna cosa* evitan la provocación de un pleito ó ponen término al que había comenzado».

Adviértase que aun cuando pudiera creerse que literalmente sólo comprendía esta definición la transacción sobre cosas corporales, también es posible sobre cosas incorporales ó derechos.

Todos los tratadistas están conformes en que los caracteres especiales del contrato de transacción y los que propiamente le determinan son los cuatro siguientes:

1.º El ser *accesorio.*

2.º El ser *consensual.*

3.º El ser *bilateral;* y

4.º El ser *oneroso.*

Es *accesorio,* en el concepto especial que en el orden jurídico tiene dicho término, en cuanto supone una cuestión, litigiosa ó no, anterior sobre una relación de derecho determinada, á cuya cuestión pone término, razón por la que alguno de los expositores de nuestro antiguo derecho civil considera á la transacción como una verdadera novación de obligaciones anteriores que quedan *extinguidas* con ella. Es, además, *consensual,* porque dicho contrato se perfecciona con el mero consentimiento de las partes que le celebran, surtiendo desde entonces todos los efectos jurídicos correspondientes. Es *bilateral,* toda vez que de su perfección surgen derechos y obligaciones recíprocos para ambos contratantes; y por último, es también *oneroso* ó no gratuíto, pues si no se recibiera nada en compensación ó á cambio de lo que cada una de las partes cede para conseguir su fin, se convertiría dicho contrato en una verdadera donación ó en una renuncia.

En resumen, puede decirse que la transacción es un contrato consensual, recíproco y oneroso, por el cual las partes resuelven, mediante mutuas concesiones, una cuestión que les parece dudosa.

Fundamentalmente, esta es la definición en que concuerdan los Códigos modernos (art. 2044 de los de Francia y Bélgica, 1764 del de Italia, 1710 del de Portugal, 2469 del de Colombia, 1829 del de Guatemala, 779 del de Alemania, etc.).

Aunque por nadie puede ponerse en duda la utilidad de la transacción como medio fácil y seguro de dirimir las cuestiones suscitadas entre partes que contienden, es lo cierto que nuestra antigua legislación apenas se ocupó de regular este contrato, pues si bien en el Derecho romano se encuentran algunos precedentes de la transacción, especialmente en las leyes 38, tít. 4.º, libro 2.º del Código, y 1.ª, tít. 15, libro 2.º también, del Digesto, al inspirarse en sus principios las leyes de Partida, no dedicaron título especial á ella, sino que únicamente algunas de dichas leyes se ocuparon por incidencia de esta materia, y sólo se encuentra una en que de una manera expresa se trate de la tran-

sacción, que es la 34, tít. 14 de la Partida 5.ª, consagrada á determinar los efectos jurídicos de la misma.

Este silencio de nuestras leyes hizo que en la práctica se supliesen las deficiencias de la legislación con las máximas de la jurisprudencia, conformes con la doctrina unánime mantenida por los jurisconsultos, cuyas reglas de derecho han sido cuidadosamente recogidas por el Código en este capítulo.

Las leyes romanas antes citadas definían la transacción diciendo que era una convención *no gratuíta* por la que se decidía una cosa dudosa, dando, reteniendo ó prometiendo algo, en cuyo sentido se inspiró la de Partida ya mencionada, y el proyecto de 1851 estableció análogo precepto, cuidando de exigir en su artículo 1713 la condición de la no gratuidad para que no se confundiera con la renuncia, la remisión ó la donación. Nuestro Código omite, sin embargo, la expresión de dicho requisito por innecesaria, pues en realidad, dados los términos en que se halla redactado el artículo que examinamos, desde luego aparece claro y manifiesto el carácter no gratuíto de este contrato, toda vez que cada una de las partes contratantes contraen obligaciones ó ceden alguna participación de los derechos que creen asistirles á cambio del beneficio que reporta.

II. *Concordancias.*—Como hemos indicado ya, el presente artículo concuerda, en cuanto al concepto fundamental de la transacción, con el 2044 de los Códigos francés y belga, con el 1764 del de Italia y con el 1710 del de Portugal, y además con el 1888 del de Holanda, el 2061 del de Bolivia, el 3038 del de la Luisiana, el 1829 del de Guatemala, el 2469 del de Colombia, el 2108 del de Uruguay, el 2446 del de Chile, el 832 del de la República Argentina, el 2184 del de Veracruz-Llave y algunos otros.

El Código mejicano, en su art. 3291, da una definición análoga á la del nuestro, aunque no tan precisa y explícita, puesto que se limita á decir que «la transacción es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo ó reteniendo algo, terminan una controversia presente ó previenen una futura», de cuyos términos no resulta con la suficiente claridad el mutuo sacrificio

ó la recíproca concesión, que constituye la esencia de la transacción.

El Código prusiano la definía diciendo simplemente que es «un contrato por el que las partes terminan una contestación pendiente ó previenen otra futura» (1), y por lo tanto, no se precisaba el carácter de no gratuidad que las leyes modernas reconocen á este contrato. Por eso en el vigente Código civil del Imperio se ha tenido especial cuidado de salvar esa omisión, reconociéndose en su art. 779 que la transacción es el contrato por el que se termina *por recíprocas concesiones* un litigio ó la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho. Es decir, que, como expresamente se consigna en dicho artículo, se equipara á la incertidumbre del lazo ó relación de derecho la incertidumbre del resultado de una acción, y ese requisito de la duda ó la incertidumbre acerca de dicho resultado es tan esencial en la transacción, que, según precepto terminante del mismo artículo citado, será ineficaz cuando el estado de cosas supuesto, conforme al tenor del contrato, no responda á la realidad, de modo que el litigio ó incertidumbre no hubieran surgido si las partes hubiesen conocido el estado del negocio.

Ese elemento de la contención, de la discordia entre las partes, por considerarse cada cual con derecho á lo que es objeto del litigio, efecto de la incertidumbre en que las mismas están sobre una relación ó vínculo jurídico determinado, ó sobre el estado de derecho creado por ella, es condición precisa para que pueda existir la transacción, pues como decía el citado Código prusiano, *las transacciones sobre derechos no contestados serán miradas como una renuncia* (2).

El Código austriaco, que regula la transacción en el cap. 2.º de su parte 3.ª, consagrado á la novación de los derechos y obligaciones, estima también en su art. 1381 que hace una donación el que gratuitamente entregue á la persona obligada, y con el

---

(1) Artículo 405.
(2) V. artículos 408 al 410 de dicho Código, sección 8.ª, tít. 16, parte 1.ª

consentimiento de ésta, un derecho no controvertido ni dudoso.

El mismo criterio se ha seguido en algunas otras modernas legislaciones, que no citamos para no hacer más extensa esta exposición, deduciéndose de las indicaciones hechas, que tanto en nuestro derecho, como en los Códigos extranjeros, ha sido considerada siempre la transacción como un contrato bilateral no gratuíto, puesto que mediante mutuas prestaciones se obtiene el fin á que obedece, cuyo contrato requiere necesariamente, como elementos precisos para su constitución, la existencia de un derecho discutido ó susceptible de serlo, como dijimos al principio de este comentario, y la recíproca concesión de las partes que en su celebración intervienen.

ARTÍCULO 1810

El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda sino en la forma prescrita en el núm. 12 del art. 269 y en el art. 274 del presente Código.

El padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial.

ARTÍCULO 1811

Ni el marido ni la mujer pueden transigir sobre los bienes y derechos dotales sino en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos ú obligarlos.

ARTÍCULO 1812

Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.

I. *Examen de las disposiciones contenidas en estos tres artículos.* —Siendo la transacción un contrato que se perfecciona con el con-

sentimiento, cuyos caracteres hemos determinado en el comentario hecho al artículo anterior, es de todo punto indudable que, como todos los contratos, ha de requerir para su validez y eficacia, además de dicho consentimiento, *capacidad* en las partes que le celebran y *objeto* legítimo sobre que recaiga, derivándose del mismo determinados *efectos* jurídicos que constituyen la vida civil del mismo. Y como estos tres extremos vienen á constituir las bases esenciales en materia de contratación en todos los órdenes de la misma, los autores del Código, para evitar dudas y cuestiones respecto de ellos, tuvieron buen cuidado de regular dichos particulares después de expresar el concepto de la transacción, consagrando á esto los diez artículos siguientes que con el 1809 completan el capítulo consagrado á la reglamentación jurídica de este contrato especial.

En cuanto á la capacidad de los contratantes en esta clase de convención, no señala el Código regla general alguna refiriéndose á la doctrina común, según la que serán capaces para transigir todos aquellos que tengan la libre disposición de sus bienes. Pero en cambio, consigna algunas incapacidades, ó mejor dicho, algunas reglas complementarias de la capacidad de ciertas personas, cuya exposición y determinación es la razón fundamental de los arts. 1810, 1811 y 1812. Al *objeto* especial de este contrato hacen relación los arts. 1813, 1814 y 1815, y los restantes del capítulo se contraen á los efectos jurídicos del mismo.

Tal es el plan seguido por el Código, y conforme con el mismo hemos de ocuparnos por separado de cada una de dichas materias, para la debida claridad, empezando por la primera de ellas, ó sea á la relativa á la capacidad de las partes para llevar á efecto la transacción.

Los tres artículos agrupados en este comentario se refieren á dicha materia, según tenemos indicado ya.

Transigere est alienaré, transigir es enajenar, decían los jurisconsultos romanos; y como esto es cierto en todo tiempo—dado que la transacción supone las mutuas concesiones de las partes que equivalen á actos de enajenacion—, la capacidad de transi-

gir estará condicionada por la capacidad para disponer de los bienes. Aquí, pues, puede darse por reproducida, ó de otro modo, aquí debemos encomendarnos ó remitirnos á la teoría general de la capacidad jurídica, sus modificaciones y complementos.

El Código, en lugar de sentar el principio general pareciéndole ocioso por la espontaneidad con que se presenta, establece por vía de excepción algunas aplicaciones del mismo.

Tres de ellas se refieren á las personas individuales, otra á las colectivas ó sociales, requiriendo examen independiente.

a) De aquellas tres, la primera se refiere á la capacidad del tutor para transigir sobre los bienes ó derechos de la persona que se halla bajo su guarda. La ley se refiere á recordar lo prescrito en cuanto á capacidad y procedimiento al tratar del ejercicio de la tutela.

Como oportunamente expusimos al examinar las disposiciones del cap. 9.°, tít. 9.° del libro 1.° del Código, el tutor necesita expresa autorización del consejo de familia, con arreglo al artículo 269 del mismo, para ejecutar ó llevar á efecto determinados actos jurídicos, y entre ellos, para transigir y comprometer [en árbitros las cuestiones en que el menor ó incapacitado tuviese algún interés, según terminantemente se previene en el número 12 del citado artículo. Al comentar dicho precepto, indicamos el fundamento y la razón jurídica de esa exigencia de la ley, y damos aquí por reproducido lo expuesto en tal ocasión por ahorrar dichas repeticiones.

Esa autorización hemos dicho que tiene que ser expresa, no pudiendo bastar en ningún caso la presunta conformidad del consejo de familia con el acto realizado por lo que se refiere á la transacción ó compromiso en árbitros; pues, por el contrario, tiene que ser especialmente solicitada conforme establece el artículo 274, con arreglo al cual deberá pedirla por escrito el tutor, exponiendo en él todas las condiciones de la transacción proyectada y las ventajas que la misma haya de reportar ó pueda proporcionar al menor; y esa expresión es tanto más ne-

cesaria cuanto que sin esos datos no podría el consejo de familia formar juicio exacto de su conveniencia y utilidad.

Dicho consejo, antes de conceder ó negar la autorización pedida, puede oir el dictamen de uno ó más letrados, según la importancia del asunto, pues el Código, en este punto, ha restablecido, aunque no con carácter preceptivo, el informe de letrados exigido en el art. 1412 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 como preciso para la justificación de la necesidad ó utilidad de la transacción, cuyo precepto había sido radicalmente reformado en la ley procesal de 1881.

Recuérdese también lo que expusimos acerca de esta materia en el comentario del art. 274 del Código.

b) La segunda concierne á la capacidad de los padres para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo su potestad. Aquí, el artículo, no sólo contiene una referencia á la doctrina general de los derechos de los padres sobre los bienes de sus hijos, sino, además, una modificación de la misma. En efecto, según el art. 164, «el padre, ó la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la ley Hipotecaria». La aplicación rigurosa de la doctrina *transigere est alienare*, exigiría que en todo caso de transacción que implicara renuncia ó gravamen en inmueble de los hijos, se exigiera la aprobación judicial; pero el Código la atempera, eximiendo de esta formalidad, en su párrafo 2.º, el art. 1810, que comentamos, á los casos de transacción sobre bienes de los hijos en que el valor de lo transigido sea inferior á 2.000 pesetas. Más allá de este límite, vuelve á renacer el precepto del art. 164.

El fundamento legal de dicha diferencia estriba en la mayor confianza que al legislador ha debido y debe merecer siempre el interés que por los hijos tienen en todo tiempo los padres, y por eso les faculta para transigir sobre sus bienes y derechos cuan-

do el valor de los que sean objeto de la transacción tenga tan corta importancia que no exceda del tipo fijado por la ley, pues pasado éste, necesitarán la autorización judicial, porque sin ella no podrá surtir efecto alguno.

Esa autorización la exigía en términos absolutos, y, por lo tanto, para todos los casos, el art. 2025 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, cualquiera que fuese la cuantía del objeto de la transacción; pero el Código ha prescindido de ella, según hemos dicho, en los asuntos de escasa importancia para evitar que los gastos del expediente excedan al valor de los derechos ó de los bienes sobre los que se hubiere transigido.

En cuanto á esto no puede haber dificultad alguna para la recta inteligencia del precepto contenido en el párrafo 2.° del artículo 1810, primero de los que hemos agrupado en este comentario. La duda proviene, sin embargo, de los términos en que se halla concebida la disposición citada, pues prescindiendo de su espíritu, y atendiendo tan sólo á la letra de la misma, pudiera darse lugar á una errónea interpretación.

Dice el párrafo citado que el padre, y en su caso la madre, pueden transigir en la forma y con las condiciones establecidas en aquélla sobre los bienes y derechos del hijo *que tuvieren bajo su potestad,* y esta determinación ó limitación que hemos transcrito y que resulta al parecer impuesta como requisito preciso para la eficacia de la transacción, podría hacer suponer que sólo se refería á los comprendidos en dicha limitación, estimando ésta como excepción de la regla general, interpretable, por lo tanto, en sentido restrictivo.

El Código, en efecto, en el artículo y párrafo citados, sólo habla de menores sometidos á la potestad paterna ó materna, según los casos, omitiendo la expresión de otros menores de edad que, aun cuando no están sometidos á la patria potestad, tienen, no obtante, restringida su capacidad. Así sucede, por ejemplo, con los menores que hubieren contraído matrimonio, los cuales, por el hecho del casamiento, quedan emancipados de derecho ó por ministerio de la ley, y sin embargo, no tienen la

libre disposición de sus bienes, pudiendo decir otro tanto de los emancipados por causa distinta; y en vista de dicha omisión, podría suponerse que era deficiente la disposición que examinamos, ó que se les hacía de peor condición que á los menores no emancipados, en el caso de no eximirles de la necesidad de la autorización, pues entonces cualquiera que fuese la cuantía objeto de la transacción, necesitarían someterse á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil que exigen dicha autorización para la transacción sobre bienes ó derechos de los menores en general.

Para nosotros, ni el Código ha incurrido en omisión alguna en este artículo, ni la cuestión puede ofrecer gran dificultad. No ha incurrido en omisión, porque de lo que dicha disposición trata, es de las facultades de los padres como representantes legales de sus hijos menores de edad, en cuanto á la disposición de los bienes ó derechos de los mismos, que implica toda transacción, y como es sabido, los padres no tienen la patria potestad sobre los hijos emancipados por razón de matrimonio ó por cualquiera otra forma de emancipación, porque ésta pone término á dicha potestad, según el núm. 2.º del art. 167 del Código, y no tiene intervención en los actos de los mismos más que en los casos de excepción á que se refieren los párrafos 2.º y 3.º del art. 59, el 315 y el 317. Por lo tanto, rigiéndose por otras disposiciones distintas, la transacción de los bienes y derechos de los menores emancipados no tenía para qué ocuparse de ella el art. 1810 tantas veces citado.

Además, basta tener en cuenta la razón que sirve de fundamento á dicho precepto para comprender que las circunstancias no son idénticas en uno y otro caso. En efecto, la ley dispensa de la necesidad de la autorización judicial á las transacciones de los bienes de los menores sometidos á la potestad de sus padres por la confianza que le inspira el interés que éstos han de demostrar por los hijos que tienen bajo su guarda, y esta razón no concurre respecto de los actos realizados por aquellos que han salido ya de dicha potestad mediante la emancipación.

No es, pues, que la ley haga á éstos de peor condición, pues para que así fuera, sería preciso que las circunstancias fuesen idénticas, sino que la situación de los mismos en el orden jurídico es distinta, y, por lo mismo, tienen que sujetarse á reglas distintas también.

Hemos dicho también que la solución de esa cuestión legal no ofrece gran dificultad. Lo dicho en el párrafo anterior así lo demuestra, pero la solución se simplifica, por otra parte, teniendo en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 12 de Diciembre de 1899, que ha venido á equiparar la transacción á la venta en cuanto á los requisitos de capacidad que para la celebración de dichos contratos exige la ley, y, por consiguiente, cuanto en su oportunidad dijimos acerca de la enajenación de los bienes de los menores emancipados, es aplicable á la transacción en que están interesados los mismos.

c) Estas indicaciones bastan para resolver la cuestión de que venimos ocupándonos, y en su virtud, procede pasemos al último caso de los relativos á la capacidad de las personas individuales para la transacción de que se ocupan los tres artículos que examinamos, ó sea el del marido y la mujer con relación á los bienes dotales. En este caso requiérese para ello la capacidad y la forma exigidos por la ley para enajenarlos ú obligarlos, á saber: si, como se presume cuando no se determina su naturaleza (art. 1346, párrafo último), la dote es inestimada, la mujer podrá transigir con licencia de su marido ó con licencia judicial, siendo el marido menor de edad, é intervención del padre, la madre ó el que constituyó la dote, ó, en su defecto, del tutor, del protutor, del consejo de familia ó cualquiera de sus vocales (artículos 1361 y 1352); si, por el contrario, es estimada la dote, el marido podrá llevar á cabo la transacción por sí, siendo mayor de edad (art. 1346), y con el consentimiento de su padre, madre ó tutor, si no ha llegado á esa mayoría (art. 59).

No hay que olvidar, por otra parte, las disposiciones del Código de Comercio tocantes á la capacidad de la mujer casada

para dedicarse al ejercicio mercantil y las responsabilidades que este ejercicio puede determinar, alcanzando á los bienes dotales. Autorizada por su marido la mujer mayor de veintiún años para el ejercicio del comercio ó para la continuación del que hubiere tenido antes, sus bienes dotales, cualquiera que sea su modo de constitución (estimada ó inestimadamente), quedan obligados á las resultas del tráfico (como los parafernales y los gananciales mismos, y quizá hasta los propios del consorte), y la mujer puede disponer, y, por consiguiente, transigir sobre ellos, de resultas de acto mercantil, sin más que la autorización general para comerciar dada ó consentida por el marido (artículos 6.° á 10 del Código de Comercio). Lo mismo hay que decir, refiriéndonos siempre á los bienes dotales en los casos en que ejerza el comercio una mujer casada mayor de veintiún años separada de su cónyuge por sentencia firme de divorcio, por estar el marido sometido á tutela (á causa de locura, prodigalidad ó interdicción), ó ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso (artículos 11 y 12 del Código de Comercio).

Por lo demás, el precepto del art. 1811, que á dicho caso se refiere, es de buen sentido y su inteligencia no requiere más amplio comentario.

d) Respecto á las personas colectivas ó sociales, el Código afirma claramente la regla de que la capacidad y la forma de transigir es la de enajenar, la cual, según el art. 38, se rige en cada caso por las leyes y reglas de la constitución de cada una.

Una aplicación al caso de transacción, con motivo de adquisición de bienes por herencia, se encuentra en los artículos 993 y 994. Del texto de estos artículos se desprende que la transacción en estos casos requiere la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público, dada á los representantes legítimos de Asociaciones, Corporaciones y fundaciones de interés particular; y la del Gobierno, los establecimientos públicos oficiales.

Como la administración y enajenación de los bienes y derechos de los Ayuntamientos y demás Corporaciones ó entidades

públicas se rigen por leyes especiales, puramente administrativas, el legislador se ha visto precisado á establecer respecto de la transacción de esos bienes y derechos, así como sobre los de las demás personas jurídicas el precepto contenido en el artículo 1812, que no es más que una disposición de relación ó referencia á lo establecido al efecto en el derecho administrativo para las Corporaciones públicas ó administrativas, así como á los estatutos y reglamentos de las Sociedades civiles, y al Derecho mercantil respecto de las mercantiles.

Objeto de varias decisiones administrativas ha sido la materia relativa á las facultades de las Corporaciones ó entidades de la Administración pública para llevar á efecto la transacción sobre sus bienes y derechos, pero en la imposibilidad de citar todas ellas por su considerable número, nos limitamos á indicar tan sólo el Real decreto de 24 de Febrero de 1890, resolutorio de una contienda de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, en el que se declaró ser de la competencia de la primera de dichas jurisdicciones el conocimiento de una demanda entablada por un particular contra el Municipio de Espinosa de los Monteros, por haber faltado éste á una transacción que para evitar litigios concertó el Ayuntamiento de dicha localidad con el particular demandante. Pero la doctrina corriente y la jurisprudencia constante en la materia, es que la potestad para autorizar ó aprobar la transacción proyectada ó concertada por las entidades administrativas, corresponde á la Administración, si bien luego, una vez aprobada y creados por ella derechos civiles á favor de las partes que en la misma intervinieran, corresponde á los Tribunales ordinarios el conocimiento de las reclamaciones que se promuevan para la efectividad de esos derechos ó para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, cuando se suscitare contienda ó controversia sobre ello.

El art. 1810 tiene sus precedentes en el Derecho romano, en las leyes 46, párrafo 5.º, tít. 7.º, libro 26 del Digesto, y en la 14, párrafo 1.º, tít. 3.º, libro 46 del mismo cuerpo legal, así

como en las leyes 25 y 27, tít. 37, libro 5.° del Código, y en el párrafo 2.°, tít. 8.°, libro 2.° de la Instituta; y el art. 1812 los halla á su vez en dicha legislación, en la ley 12, tít. 4.°, libro 2.° del Código.

El art. 1811 se basa en la doctrina establecida de antiguo en el derecho patrio, y especialmente en la ley del Matrimonio civil y en los artículos 188 y 189 de la Hipotecaria. Y tanto éste como los anteriores, se relacionan con algunas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil y del Código de Comercio, cuya exposición resulta innecesaria.

II. *Concordancias.*—El primero de los artículos, objeto de este comentario, concuerda con el 2045 de los Códigos francés y belga; con el 841 del de la República Argentina, en sus números 5 y 6; con el 2064 del de Bolivia; con el 3049 del de la Lusiana; con el 2111 del del Uruguay; con el 1843 y 1845 del de Guatemala; con el 2447 y 2448 del de Chile; con el 2186 y el 2187 del de Veracruz-Llave; con el 3295 y el 3296 del de Méjico; con el 3155 y el 3156 del de la Baja California, y algunos otros.

El segundo de los artículos que examinamos, ó sea el 1811 de nuestro Código, concuerda á su vez con el 2112 del del Uruguay, con el 3297 del de Méjico, con el 3157 del de la Baja California, con el 2188 del de Veracruz-Llave y con el 1889 del de Holanda.

Y por último, el art. 1812 tiene concordancias con el último apartado del 2045 del Código de Francia, con el núm. 3.° del artículo 841 del de la República Argentina, con el apartado 3.° del 1889 del de Holanda, con el 1841 y el 1842 del de Guatemala, con el 2113 del del Uruguay, con el 2189 del de Veracruz-Llave, con el 3298 del de Méjico y con el 3158 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1813

Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.

ARTÍCULO 1814

No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.

I. *Fundamento jurídico de los preceptos contenidos en estos artículos.*—Estos dos artículos, juntamente con el 1815, son los que regulan el *objeto* de este contrato, ó sea lo que puede ser materia de transacción, según tenemos ya dicho. Este último se refiere á la extensión ó límites de la transacción como contrato, y los dos que agrupamos en este comentario á lo que propiamente constituye lo que puede ser objeto de la misma, y como en realidad vienen á ser materias distintas, debemos ocuparnos de ellas con separación, limitando por ahora nuestro examen á los artículos 1813 y 1814.

Respecto del *objeto* sobre el que pueda recaer el contrato de transacción, no contiene el Código ninguna regla general, y dando por supuesto con su silencio el principio, general en materia de contratación, de que puede ser objeto de él todo lo que la ley no prohiba que lo sea, se limita á establecer tan sólo algunas excepciones y modalidades de que es susceptible dicho principio.

El proyecto de 1851 siguió distinto sistema, pues de un modo expreso y terminante declaraba en su art. 1718 que la transacción podía recaer sobre todos los bienes y derechos que podían ser objeto de un contrato; pero ya el comentador del mismo, García Goyena, ocupándose de dicho artículo, decía que pudiera muy bien suprimirse porque su disposición era común á todos los contratos y para todos se tenía hecha, en general, igual declaración en los arts. 11 y 994 de aquel proyecto.

Por esa misma razón los autores del Código vigente suprimieron la expresión de dicho precepto, sin que por ello pueda tachársele de deficiente, pues aceptando para este contrato la teoría general, no era necesaria ninguna disposición especial que

consignara lo que era ya principio común para todas las convenciones, y se hubiera incurrido en una repetición innecesaria al reproducir, con ocasión de este contrato, lo estatuído con anterioridad con carácter general para todos ellos. Con el mismo fundamento y con igual motivo tendría que repetirse el precepto en cada una de las clases determinadas de contrato, si hubiera alguna razón que lo hiciera preciso en la presente.

Aunque el Código no lo diga expresamente, desde luego se comprende que, por regla general, pueden ser objeto de transacción todas las cosas que están en el comercio de los hombres, siempre que no se halle prohibido por la ley. Esta es la regla general, pero hay casos en que, por razones de moralidad ó por otras consideraciones no menos atendibles, no puede admitirse la transacción, como sucede, por ejemplo, en materia del estado civil de las personas, de cuestiones matrimoniales y de alimentos, y otros que tampoco son susceptibles de transacción por afectar al interés público ó social y no estar en el dominio ó en la potestad de los particulares el sustraerlos á los efectos rigurosos de la ley, según ocurre con los delitos y demás transgresiones punibles del derecho.

La expresión de esas excepciones ó de esas limitaciones en la facultad de transigir, es el motivo á que obedecen los dos artículos que hemos agrupado para su estudio, cuya recta inteligencia no puede ofrecer duda alguna, como veremos más adelante, al exponer el fundamento racional de cada uno de sus preceptos, los cuales vienen á confirmar aun más el principio general que hemos indicado, cuyo principio debe ser la base y la norma que haya de guiarnos en nuestra investigación.

Según tenemos ya dicho, el alcance de la transacción no se extiende á todo el dominio del derecho; algunos órdenes jurídicos están exceptuados de ella, y los dos artículos que agrupamos nos dicen cuáles son éstos. Ante todo, el orden político, social y moral establecido, de todo lo cual es expresión la más eficaz y definida el orden penal.

En el derecho antiguo no sucedía así. «En todos los delitos

castigados con pena de sangre—dice González Nandin, *Estudios sobre la pena de muerte*—, era lícita la transacción; pero había de ser por precio y no de gracia, la cual sólo cabía en el adulterio.» Pero en la actualidad los dos distintos intereses que quedan afectados en cada delito, á saber: el del perjudicado directamente y el de la sociedad general en que repercute, se han diferenciado completamente (aunque todavía se siente alguna mutua y recíproca influencia), constituyendo dos acciones distintas:

a) La acción civil para la restitución, reparación é indemnización en favor de los ofendidos particularmente por el delito; y

b) La acción penal para la represión del delito en beneficio de la sociedad en general (salvo los pocos casos en que ésta—vestigio aun del antiguo estado de derecho—corresponde á los mismos perjudicados, como sucede en los delitos contra la honestidad y el honor de las personas).

La primera de estas acciones es de naturaleza civil. El artículo 1809 del Código de este orden, lo declara cuando dice que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia (delitos y cuasidelitos de los antiguos tratadistas); y á su vez, vuelve á afirmarlo el Código penal cuando, con ocasión de determinar cómo se extingue la responsabilidad que dicha acción persigue, se encomienda á las reglas del derecho civil (art. 135).

Ahora bien: como de orden civil que es esta acción puede, sí, ser objeto de transacción; pero sin que, en ningún caso, afecte para nada á la acción penal, independiente enteramente de ella. No sólo lo dice el art. 1813 del Código civil, lo disponen también los arts. 106 y 107 de la ley de Enjuiciamiento criminal, en los siguientes términos:

Art. 106. «La acción penal por delito ó falta que dé lugar al procedimiento de oficio, no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

»Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito ó falta que no puedan ser perseguidos sino á instancia de parte,

y las civiles, cualquiera que sea el delito ó falta de que procedan.»

Art. 107. «La renuncia de la acción civil ó de la penal renunciable no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, ó ejercitarla nuevamente los demás á quienes también correspondiere.»

Como la acción civil tiene por único objeto la reparación del daño causado, y éste se refiere sólo á los ofendidos, no hay dificultad alguna que pueda impedir el que éstos transijan sobre ello como sobre todo lo que legítimamente les pertenece; en tanto que el delito, como transgresión del derecho, ofende al propio tiempo á la sociedad, y á ésta, y no sólo al particular perjudicado, es á quien interesa la reparación del orden de derecho perturbado, correspondiéndole el ejercicio de la acción penal en los delitos públicos á pesar del perdón de dicho perjudicado. Y como esa acción corresponde á la sociedad, y es de interés público, evidente resulta que no puede transigir sobre ella el particular ofendido. Tal es el fundamento del art. 1813, primero de los dos que son objeto de este comentario.

Aun dentro ya del orden civil la transacción no tiene poder sino sobre las relaciones patrimoniales. Consecuencia de ello es que no se pueda transigir sobre las condiciones personales constitutivas del estado de las personas. Así, por ejemplo, no se puede transigir sobre la nacionalidad, sobre la filiación legítima ó natural, sobre la validez del matrimonio, sobre la constitución de la patria potestad ó de la tutela, etc.

Como ha dicho un autor, el estado civil de las personas es de orden público, y la condición en que el ciudadano vive dentro de la sociedad no interesa sólo á éste, sino al derecho social mismo. Por lo tanto, si no está en el dominio exclusivo del particular, no puede transigir sobre ello. Además, en esta cuestión, ó sea en materia del estado civil de las personas, no caben términos medios: ó se posee con perfecto derecho un estado personal determinado, ó no debe poseerse, y siendo esto cierto,

lógico é inconcuso, resulta que nada de cuanto se relacione al estado civil de las personas puede ser objeto de transacción.

Apoyado en esta consideración, que constituye el fundamento racional y jurídico de la primera parte del precepto contenido en el art. 1814, nuestro Código prohibe de una manera expresa y terminante toda transacción sobre el estado civil y sobre las cuestiones matrimoniales por la relación que tienen con dicho estado, y tan claros y explícitos son los términos de dicho artículo en este punto, que no puede ofrecer duda alguna su inteligencia.

Esa prohibición tiene sus precedentes en el derecho romano, en la ley 8.ª, tít. 15, libro 2.º del Digesto, y en la legislación de Castilla en la ley 24, tít. 4.º de la Partida 3.ª, la cual decía que «contienda ó pleyto que nasciesse sobre casamiento de algunos, non se podria meter en manos de auenidores». La ley de Enjuiciamiento civil, conforme con dicho criterio, si bien admitió el principio de que toda contestación entre partes puede someterse al juicio arbitral ó al de amigables componedores, antes ó después de deducida en juicio (1), exceptúa expresamente de dicha regla, entre otras, las demandas que versen sobre el estado civil de las personas, prohibiendo en absoluto su sumisión á la decisión de árbitros y á la de componedores.

El proyecto de Código de 1851 estableció análogo precepto, y el nuevo cuerpo legal no ha hecho, por lo tanto, más que sancionar de modo expreso y terminante lo que constituía el estado legal anterior respecto de esta materia, reconociendo la imposibilidad de toda transacción sobre el estado civil de las personas y sobre las cuestiones matrimoniales, no sólo por ser esto de orden y de interés público, sino también por el respeto que deben merecer las relaciones y consecuencias jurídicas, tanto de dicho estado como del matrimonio, en cuanto afecta al orden de familia.

Pero entiéndase bien que esa prohibición debe interpretarse

(1) Véase el art 487 de dicha ley.

en sentido restrictivo, y entenderse limitada tan sólo á lo que dejamos indicado. Así es que algunos tratadistas estiman perfectamente válida la transacción sobre las consecuencias económicas ó sobre el interés pecuniario que surgen ó nacen del estado civil reclamado, como, por ejemplo, sobre los derechos que pudiera tener en la sucesión de su padre el hijo natural cuya declaración de tal demandase en juicio, en cuyo caso los hijos legítimos, que habrían de heredar en concurrencia con él, conforme á lo dispuesto en el art. 840, podrían transigir válidamente con él acerca de la cantidad que debiera percibir en tal concepto, en sustitución de los derechos legitimarios que debieran corresponderle por consecuencia de la declaración de dicha filiación.

Lo mismo podríamos decir de los derechos de la viuda cuyo matrimonio con el causante de una herencia pretendiera se reconociera judicial ó extrajudicialmente, pues en dicho caso, sin dificultad alguna, podrían los herederos ó derechohabientes del finado transigir, partiendo del matrimonio supuesto ó real, sobre los derechos que pudieran asistir á la reclamante por su cualidad de viuda, de reconocerse eficazmente la validez ó la celebración del matrimonio alegado.

Otros varios ejemplos pudiéramos citar, pero en todos ellos como en los expuestos, la transacción no versa sobre el estado civil pretendido, ni sobre ninguna cuestión relacionada con la validez ó eficacia del matrimonio, sino sobre las consecuencias de los mismos en el orden económico.

La cuestión no se ha presentado á nuestros Tribunales, pero sí ha recibido solución afirmativa por la jurisprudencia extranjera, que de este modo llenó un vacío de la ley.

Otros autores, y entre ellos García y Goyena, opinan que á pesar de la prohibición de la ley de Partida (1), que reprodujo en precepto el proyecto de 1851 y ha reiterado el art. 1814 de nuestro Código, puede transigirse en las causas matrimoniales

(1) Véase la ley 24, tít. 4.°, Partida 3.ª ya citada.

en favor, pero no en contra del matrimonio; y además, que no está prohibida por derecho la transacción en casos dudosos sobre la esperanza incierta de futuro matrimonio adquirida á virtud de esponsales, según puede verse al folio 132 del tomo 4.º de la obra titulada *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, por dicho Sr. García Goyena.

Réstanos ocuparnos de otra prohibición impuesta también por el art. 1814 en su última parte. Nos referimos á la establecida por el mismo respecto de la transacción sobre los alimentos futuros; prohibición que se funda en poderosas razones de moralidad que no pueden ocultarse, ni pasar desapercibidas para nadie que detenidamente medite sobre ello.

En efecto; en rigor de principios, la ley concede los alimentos en razón á la necesidad que de ellos tiene el alimentista para vivir, y es evidente que transigir sobre ellos, equivaldría á renunciar en parte á la vida como ha dicho un autor (1); y si no le fueran necesarios, pudiendo por tal motivo renunciarlos, no cabría tampoco transacción, porque no tendría derecho á percibirlos.

No sucede lo mismo con los alimentos ya devengados ó vencidos, pues desde el momento de su vencimiento ó de su devengo, entran ya en el patrimonio de alimentista, constituyendo un crédito legítimo á su favor contra el alimentante en el caso de no haber sido hechos efectivos, y como se trata de bienes ó de derechos que están en el patrimonio de los interesados, pueden éstos transigir sobre ellos como sobre las demás cosas de su pertenencia. Esta razón no concurre respecto de los alimentos futuros, y por eso el Código, de acuerdo con nuestro derecho anterior, prohibe la transacción sobre ellos.

Sin embargo, algunos Códigos la admiten con tal de que dicha transacción sea aprobada judicialmente, y en la antigua jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo se encuentran

(1) «Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos», tomo 13, página 792.

algunas sentencias favorables á dicha transacción, como sucede con la de 12 de Noviembre de 1868, en la que se declaraba que la ley 2.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª, no prohibía las transacciones sobre alimentos futuros, y que éstas no eran esencialmente nulas sino en opinión de algunos autores, concretada á los alimentos legados en testamento ó en cualquier otro acto de última voluntad. Hoy toda duda ha desaparecido por la claridad del precepto del art. 1814.

Ya en el tratado consagrado por el Código á esta materia (título 6.º del libro 1.º), se encuentra otro artículo que prohibe también la renuncia al derecho de alimentos y una compensación en esta materia que podría inducir á un caso de transacción (artículo 151).

II. *Concordancias.*—El art. 1813 de nuestro Código civil concuerda con el 2046 de los Códigos francés y belga, con el 1766 del de Italia, con el 1717 del de Portugal, con el 2065 del de Bolivia, con el 1890 del de Holanda, con el 1837 del de Guatemala, con el 2114 del del Uruguay, con el 2449 del de Chile, con el 842 del de la República Argentina, con el 2190 del de Veracruz-Llave, con el 3159 del de la Baja California, y con algunos otros.

A su vez el art. 1814 tiene concordancias con los arts. 843 y 845 del Código de la República Argentina, con el 1847 del de Guatemala, con el 2115 y el 2116 del del Uruguay, con el 2191 y el 2192 del de Veracruz-Llave, con el 2450 y el 2451 del de Chile, con el 3160 y con el núm. 5.º del 3162 del de la Baja California, y con otros varios.

El Código austriaco, en su art. 1384, coincidiendo en parte con el 1813 del nuestro, declara que las transacciones sobre transgresiones de la ley, sólo tendrán efecto para la acción civil ó satisfacción privada, y sólo podrán evitarse la indagación y la pena legal cuando las transgresiones fueren de tal índole, que el juez sólo deba proceder á instancia de las partes.

En cuanto á las limitaciones ó prohibiciones consignadas en nuestro art. 1814, dispone dicho Código austriaco, que no es lí-

cito transigir sobre la controversia surgida entre los cónyuges acerca de la validez de su matrimonio, la cual sólo puede resolverse por el Tribunal competente (art. 1382). Tampoco puede ser objeto de transacción, según dicho Código, el contenido de una disposición de última voluntad antes de que se publique.

El Código de Méjico reproduce la doctrina establecida por el nuestro en los dos artículos que examinamos, y de una manera expresa admite la posibilidad de la transacción sobre los derechos pecuniarios derivados de la declaración ó reconocimiento del estado civil. En efecto; la teoría de dicho Código, respecto de ello, se halla comprendida en los tres artículos siguientes:

Art. 3299. «Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extingue la acción pública para la imposición de la pena legal, ni se da por probado el delito.

Art. 3300. »No se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio.

Art. 3301. »Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse á favor de una persona; pero la transacción en tal caso no implica la adquisición de estado.»

Las citas hechas de las diversas legislaciones que hemos concordado en este punto con la nuestra, desmuestran aún más la razón que nuestro Código ha tenido para establecer los preceptos contenidos en los dos artículos objeto de este comentario.

ARTÍCULO 1815

La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, ó que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma.

La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción.

Este artículo, como hemos dicho ya, tiene por objeto determinar la extensión de la transacción ó los límites de su objeto, y su fundamento estriba en que siendo por su naturaleza determinada la *litis* ó la controversia extrajudicial, necesariamente tiene que tener dicho carácter la transacción, aun cuando se haya llevado á efecto en términos generales, y por tal motivo, se le considere general, puès como ha dicho el Sr. León y Bonel, comentando este artículo, de entero acuerdo con García Goyena, ni el pacto general puede llevarse á lo desconocido ó ignorado, ni para terminar cuestiones puede hacerse de otro modo, porque la transacción surte el efecto de una sentencia, y toda sentencia, para ser congruente y válida, necesita resolver sobre todos los puntos que fueron objeto de discusión en la contienda.

En cuanto á la renuncia de derechos, á que se refiere el párrafo segundo de este artículo, es también evidente, que por más generales que sean sus términos, tiene que seguir la naturaleza de la transacción á que va inherente y entenderse, por lo tanto, limitada á los mismos objetos, ó sea á las diferencias suscitadas por las partes en la controversia sostenida por las mismas, sobre las que ha de versar la transacción. El segundo párrafo del artículo que examinamos, es, pues, una consecuencia de lo prescrito en el primero.

Estas dos reglas de interpretación proceden del derecho romano (L. 9, § 1, D. *de trans*, 2, 15), y tienen su concordancia en diversos Códigos extranjeros (artículos 2018 y 2019 del Código Napoleón, 1762 del italiano, etc.)

Su texto, tan claro é imperativo, no necesita sino una sola aclaración.

Ciertas legislaciones extranjeras, no obstante ser la transacción un contrato puramente consensual, que, por consiguiente, no exige para su existencia y validez ninguna forma peculiar, exigen la redacción escrita de la transacción *ad solemnitatem*. Así el Código de Italia (art. 1314), el de Portugal (art. 1712-1713), el de Holanda (art. 1888).

Otras, en cambio, si piden que la transacción se haga por

escrito es sólo, no *ad solemnitatem*, sino puramente *ad probationem*, en cuyo caso se encuentra el Código de Napoleón (art. 2044, párrafo 2.º)

Finalmente, algunas callan, ó al menos nada dicen expresamente sobre esto; entre ellas, al lado de la alemana actual, está la nuestra.

¿Qué valor tiene entonces el fragmento del artículo que comentamos donde se habla de los objetos expresados determinadamente en la transacción «y de la inducción necesaria» de «las palabras» de la misma?

La cuestión no ha obtenido todavía la declaración de la jurisprudencia. Con todo, estas palabras incidentales parece que han de tener dos efectos, á saber:

a) Requerir, *ad probationem*, la forma escrita para la transacción.

b) Eliminar enteramente la prueba testifical para la misma. La ley desconfía de la memoria y la inteligencia de los testigos. Pruebas orales, no parece admitir ello sino la confesión del adversario.

El Código austriaco, en su art. 1389, aunque en términos distintos, consigna la misma doctrina que el nuestro, disponiendo que «la transacción hecha sobre una cuestión especial, no se extenderá á los demás casos. Tampoco son aplicables las transacciones generales relativas á todas las cuestiones en general, á los derechos que expresamente se ocultaron ni á aquellos en que no haya podido pensarse por los que transigen»; precepto este último de suyo bastante oscuro por lo que se refiere á su postrer extremo, y cuya inteligencia puede dar lugar á dudas y cuestiones diversas.

El Código de Méjico consagra tres artículos distintos para determinar la *extensión* de la transacción, estableciéndose en el primero que «la transacción celebrada sobre un negocio, nunca podrá hacerse extensiva á otro semejante que tengan después las mismas personas» (art. 3305); en el segundo, que «la transacción no puede hacerse extensiva á otros derechos que á los

expresamente mencionados en ella» (art. 3306); y en el tercero, que «la renuncia general de derechos en virtud de transacción, sólo puede extenderse á los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído» (art. 3307). Resulta, pues, determinada con precisión y claridad suma la misma doctrina sancionada por el artículo que comentamos. Y á más de las disposiciones ya citadas, concuerda éste con el art. 2068 del Código de Bolivia, con el 3040 y 3041 del de la Luisiana, con el 1838 del de Guatemala, con el 2120 del del Uruguay, con el 2461 y 2462 del de Chile, con el 2196 del de Veracruz-Llave, con el 835 y en parte también con el 850 del de la República Argentina, con el 3166 y 3167 del de la Baja California; con el 3306 y 3307 del de Campeche. y en lo antiguo con el art. 2087 y el 2088 del Código sardo, con el 426 del de Prusia, y con algunos otros más, cuya cita omitimos para no dar mayor extensión á estas referencias.

ARTÍCULO 1816

La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.

Esta disposición tiene, al parecer, su primer precedente escrito en un famoso rescripto de los Emperadores Diocleciano y Maximiano (L. 20, 5, *De trans.*, 2, 4), en el que se lee: *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum indicatorum esse, recta ratione placuit...*

Ciertamente, existen no pocas diferencias entre el juicio y la transacción, sobre todo cuando ésta no asume forma judicial. Los autores hacen notar algunas más ó menos eficaces ó sutiles. Sin embargo, prescindiendo de recoger esas diferencias ó de hacer ese paralelo—cosa que nos llevaría muy lejos—, las partes que transigen, juzgan por sí mismas la diferencia que las dividen ó que temen que las divida. La transacción reemplaza, pues, en

su intención á la sentencia que mediaría si no se hubiesen llegado á entender. ¿No será natural, por ende, que la transacción produzca para ellas y entre ellas el efecto de la sentencia—determinación de la cosa juzgada, con su autoridad de tal—, en el sentido de que ponga un obstáculo definitivo á todo examen judicial de las cuestiones transigidas?

La naturaleza de la transacción es la de un sustitutivo de la sentencia judicial; y en este teorema ha de buscarse siempre el origen de todos los corolarios y los escolios que jurídicamente puedan hacerse.

Siempre que su objeto sea lícito, la transacción hace el efecto de la sentencia firme entre las partes; y por lo mismo, sólo puede ser atacada de nulidad, produciendo la rescisión de lo convenido, mediante las causas—siempre de hecho—que, extraordinariamente, determinan el recurso de revisión contra las sentencias firmes. Aun entonces, según veremos, todavía hay alguna modificación más restrictiva para las transacciones.

El artículo termina con una salvedad al principio mismo que establece. Según el art. 919 de la ley de Enjuiciamiento civil, «luego que sea firme una sentencia, se procederá á su ejecución, siempre á instancia de parte, etc». Pero este efecto se halla limitado tan sólo á la transacción judicial.

El artículo que queda explicado concuerda con el 2052 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1772 del de Italia, con el 1718 del de Portugal, con el 1385 del de Austria, con el 2071 del de Bolivia, con el 3045 del de la Luisiana, con el 1895 del de Holanda; con el 1856 del de Guatemala, con el 2122 del del Uruguay, con el 2460 del de Chile, con el 850 del de la República Argentina, con el 2197 del de Veracruz-Llave, con el 3309 del de Méjico, con el 3169 del de la Baja California, con el 3309 del de Campeche, en todos los cuales se establece doctrina sustancialmente idéntica, cual corresponde á la propia naturaleza de la transacción, pues si no se concediese á la misma la autoridad de cosa juzgada, lejos de ser un medio de evitar pleitos, sería un manantial de cuestiones litigiosas.

ARTÍCULO 1817

La transacción en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos, está sujeta á lo dispuesto en el art. 1265 de este Código.

Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho á la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.

Este artículo es una aplicación á la transacción del principio general sobre los vicios del consentimiento en los contratos, sentado en el art. 1265. Con todo, tiene algunas modificaciones; de otra suerte, el art. 1817 no se hubiera escrito haciendo en él una repetición meramente de lo ya dicho.

En cuanto al dolo y á la violencia, nada hay que añadir. Lo mismo sucede en cuanto á la falsedad de documentos mientras no aparezca, más bien que en esta sustantividad, como una causa de error.

La cuestión recae toda sobre el error. Puede ser éste de hecho y de derecho. Aun se puede añadir á esta oposición tradicional una especie más: el error de cálculo. El error de hecho, puede recaer á su vez, sobre la persona, sobre el objeto y sobre la causa del contrato.

El error de hecho sobre la persona no produce nulidad sino cuando es sustancial, esto es, cuando la consideración de la persona fuese la causa principal del contrato. Este ha de ser, sin duda, un caso raro; pues la transacción es uno de los contratos en que cada cual se preocupa menos de la persona con quien trata, toda vez que la inspira generalmente más la aversión á los pleitos y el temor al derecho del adversario que la afección, el respeto, el reconocimiento y demás estímulos puramente personales. En cuanto al error de tomar á una por otra, tratando con el que se cree contrario y no lo es, es error de hecho, sí, pero más

bien sobre la causa que sobre la persona, no obstante las apariencias.

El error de hecho sobre la sustancialidad del objeto, anula también la transacción. Si una de las partes ignoraba una circunstancia decisiva que hacía su derecho absolutamente cierto y viene después á su conocimiento, podrá atacar de nulidad la transacción, porque no se transige sino sobre derechos que se consideran más ó menos dudosos. Otro tanto se dirá del error de hecho sobre la causa.

Por el contrario, la eficacia del error de derecho y del error en el cálculo en la transacción es nula. Algunos Códigos (especialmente el belga y el francés, arts. 2052 y 2058) lo declaran expresamente. En el nuestro se deduce de la teoría general de la transacción. Pero aunque el error mismo de hecho recaiga sobre la persona, sobre el objeto ó sobre la causa, á veces deja de producir la nulidad. Fiel á la motivación y á la finalidad de la transacción, el Código declara que no podrá una de las partes oponer el error de hecho á la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.

Precepto análogo al que acabamos de explicar contienen los artículos 2053 y siguientes de los Códigos de Francia y Bélgica, 1773 del italiano y 1719 del portugués.

El Código civil del Imperio alemán, según tenemos ya dicho, establece también como causa de ineficacia de la transacción celebrada, el error de hecho respecto del estado del negocio que motiva la misma, disponiéndose en el art. 779 de dicho Código, que será ineficaz la transacción «cuando el estado de cosas supuesto, según el tenor del contrato, no responda á la realidad», de modo que el litigio á que el mismo se contraiga no hubiera surgido en el caso de haberse conocido el estado del negocio.

La primitiva redacción de este artículo ofrecía grandes dudas, porque se refería al 1262 en vez del 1265 en la cita que hacía; y como el primero de dichos artículos expresa que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el con-

trato, no resultaba congruente dicho precepto con el que examinamos, que desde luego por su contenido revelaba que aludía al 1265, con arreglo al cual es nulo el consentimiento prestado por error, por violencia, por intimidación ó por dolo.

Rectificado dicho error, ha llegado á disiparse toda duda, viniendo á sancionarse, si bien con la modificación consiguiente, la doctrina general con las disposiciones del presente artículo.

Su inteligencia es fácil y sencilla; su contexto claro, y con sólo plantear su precepto, se comprende el fundamento jurídico del mismo.

En efecto, la transacción es un contrato como otro cualquiera, y por su carácter consensual depende de la conjunción de dos ó más voluntades acerca de un mismo objeto ó punto de derecho determinado. Por consiguiente, es indispensable, para que sea válido ó eficaz, que esa conjunción de voluntades sea cierta, espontánea y libre, y de aquí que si hubiere error, dolo, violencia ó intimidación sería nulo el consentimiento, y por ende la transacción, conforme al art. 1265 del Código, por adolecer de la falta de los requisitos indispensables para la validez de dicho consentimiento.

En cuanto al error de cálculo, las leyes de Partida (1) venían á reconocer que cuando dependía de los litigantes no invalidaba la sentencia, y si aquéllos no apelaban, pasaba irrevocablemente en fuerza de cosa juzgada. Hoy, la opinión dominante en muchos tratadistas, sostiene que si hubo error en las operaciones aritméticas sobre los convenios de los que es resultado la transacción, sería evidentemente contra la voluntad de las partes, y por lo mismo no puede menos de ser reparable.

Así lo reconoce también de una manera expresa el Código austriaco, el cual, en su art. 1388, dispone, que «no perjudicará á ninguna de las partes contratantes un evidente error de cálculo ó equivocación en la suma ó en la resta, ocurrida al hacer la transacción».

---

(1) Ley 19, tít. 22, y 4.ª, tít. 26, de la Partida 3.ª

Dicho Código preceptúa también:

1.º Que «el error sólo podrá ser causa de que no tenga validez la transacción cuando se refiera á la esencia de la persona y del objeto» (art. 1385); y

2.º Que «no podrá impugnarse por la lesión en más de la mitad la transacción hecha de buena fe» (art. 1386).

Además de las disposiciones legales que quedan citadas en el cuerpo de este comentario, se encuentran concordancias con el artículo que examinamos en el 857, 858 y 861 del Código de la República Argentina; en el 2053 al 2055 del de Bélgica, y en algunos otros Códigos modernos que sancionan la misma doctrina que el nuestro.

ARTÍCULO 1818

El descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular ó rescindir la transacción, si no ha habido mala fe.

Hecha una transacción, puede ocurrir que con posterioridad á ella aparezcan ó se descubran documentos nuevos, ó desconocidos hasta entonces por las partes, que tengan relación con las pretensiones mantenidas por cada una de ellas ó con los derechos que las mismas creyeran asistirles.

Esos documentos nuevos pueden ser de influjo tal en la cuestión objeto de la transacción, que desde luego demuestren la falta de derecho por parte de algunos de los que transigieron para reclamar lo que constituyera la pretensión de la misma, ó, por el contrario, pueden no implicar la carencia de derecho de ninguno de los interesados.

En este último caso la aparición de los documentos, hasta entonces desconocidos, no influye lo más mínimo en la subsistencia de la transacción convenida, y, por lo tanto, en el artículo que examinamos la ley supone que, con posterioridad á la transacción, se descubran títulos oponibles á las pretensiones de una de las partes, y de los cuales resulte que dicha parte carecía de de-

recho. Ahora bien, ¿qué efectos jurídicos se producirán entonces?

Los tratadistas, y con ellos algunos Códigos extranjeros, distinguían en cuanto á la resolución de esta cuestión según que la transacción fuera general ó particular y según la causa por la que no fueran conocidos antes de la transacción los documentos citados.

Si la transacción era general de todas las reclamaciones presentes y futuras, ó que pudieran tener las partes que transigían, sentaban la doctrina de que la aparición de los nuevos documentos, que afectasen á alguna de las cuestiones transigidas en ella, no producía efecto alguno contrario á la subsistencia de la transacción, porque siendo ésta por su naturaleza *indivisible* no podía dejar de existir en parte, y porque ella implicaba la renuncia á valerse de los medios de oposición que pudieran proporcionar los nuevos documentos que en adelante apareciesen. Por lo tanto, esos documentos, desconocidos al tiempo de celebrarse la transacción y posteriormente descubiertos, no podían constituir un título eficaz de impugnación, porque esto sería contrario á la voluntad y á la intención de las partes que por medio de la transacción general habían querido poner término á todas las diferencias que entre ellas pudieran suscitarse.

Esa implícita renuncia que la ley presume por el hecho de la generalidad de la transacción, discutida como ilógica por Laurent y algunos otros autores y mantenida por diversos Códigos, entre ellos el francés y el italiano, no es el único fundamento de la ineficacia de los documentos que después aparezcan relacionados con algunas de las cuestiones objeto de la transacción, sino que también lo es la *indivisibilidad*, la unión de todas ellas en un solo todo, pues así entendido, poco importa que por esos documentos aparezca después que carecía de derecho uno de los interesados acerca de una de las cuestiones transigidas, porque dada dicha indivisibilidad, lo lógico era que debiera valer íntegramente ó ser anulada por entero en razón á que de no tener ese carácter general, las partes no la hubieran celebrado, y en la necesidad de optar por su validez ó nulidad total había que estar

por el primero de dichos extremos como el más conforme con la intención de las partes.

Pero no debe confundirse con la transacción general aquella en que, versando sobre varias cuestiones, se establece la forma y las condiciones en que cada una de ellas queda transigida, pues ésta, aunque una en apariencia y en su forma, en realidad constituye un conjunto de transacciones especiales sobre objetos determinados, es decir, que en ellas hay tantas transacciones cuantas son las cuestiones transigidas; y, por el contrario, la verdadera transacción general es aquella que abarca, no sólo las diferencias surgidas entre las partes, sino también todas las que pudieran surgir entre las mismas, viniendo por lo tanto á considerarse todas ellas como un solo todo, convenidas en globo ó en masa, mediante las convenciones establecidas. Por eso no puede anularla la falta de derecho de una de las partes respecto de una de dichas cuestiones resultante de los documentos descubiertos después, teniendo que ser mantenida en su totalidad.

No entendían lo mismo en cuanto á la transacción particular ó especial, pues consideraban inexistente la transacción por falta de objeto ó materia si de los documentos descubiertos resultaba que una de las partes no tenía derecho alguno á aquello sobre lo que había versado la transacción, fundando dicha teoría en que en toda transacción es requisito indispensable, según tenemos dicho ya, la existencia de un derecho dudoso, y ese elemento faltaría en la transacción particular y concreta desde el momento en que por los documentos descubiertos apareciera que no existía incertidumbre ni duda alguna respecto al derecho de las partes, y en su virtud había que anular la celebrada por adolecer de la falta de objeto, cuya falta la viciaría en su origen. Lo contrario supondría una renuncia al derecho discutido, que sería contraria al espíritu de toda transacción.

Como ha dicho Ricci, la razón fundamental de admitir la acción de nulidad en la transacción especial es la falta de objetivo de la transacción misma en dicho caso (1), lo cual no su-

(1) Obra y tomo ya citados, núm. 128, pág. 239.

cede en la general, propiamente dicha, y de aquí la diferencia indicada, no admitiéndose en este segundo caso la acción de nulidad más que cuando la causa de no haberse conocido antes los documentos, después de descubiertos, sea el haberlos retenido alguna de las partes contratantes, que es precisamente el mismo caso á que se refiere nuestro Código en el artículo que examinamos, en el que se consigna, aunque con distintos términos, esta sola causa de nulidad como única excepción al principio de la subsistencia de la transacción á pesar de la aparición posterior de nuevos documentos.

La razón que para ello ha tenido el legislador es obvia y precisa. Si la transacción tiene para las partes, como dice el artículo 1816, la autoridad de cosa juzgada y ésta no puede revocarse ni perder su fuerza por documentos nuevos encontrados después, del mismo modo tampoco puede anularse ó rescindirse por la misma causa la transacción, que hace sus veces, á no ser que hubiere mediado mala fe, en cuyo caso habiendo sido retenidos los documentos por obra maliciosa de una de las partes, la transacción se hace enteramente nula, en virtud del precepto del art. 1817 y del principio general de la teoría de los vicios del consentimiento, pues, en efecto, es este un caso típico de dolo. Cuando no ha mediado mala fe, la solución es distinta. Válida sigue siendo la transacción. Así resulta de los términos literales del artículo.

Pero ¿no hay quizá en esto una antinomia con el precepto anterior, del art. 1817, según el cual se podría pedir la nulidad de la transacción como basada en un error sustancial de hecho? Así lo ha entendido alguno; pero el error en que se incurre es bien notorio y no necesita demostración alguna, puesto que resulta patentizado por los términos mismos de los artículos citados y por los del 1265, al que se refiere el 1817 antes citado.

La ley dice que el descubrimiento de nuevos documentos, si no ha habido mala fe, no es causa para *anular* ó para *rescindir* la transacción, empleando alternativamente ambos términos, que en realidad son distintos, no por una vaga intuición de teorías

contrarias á la consignada por la misma, ni porque en la transacción general el principio de su indivisibilidad amengüe la acción anulatoria del error, reduciéndola á una rescisión parcial, sino porque en la doctrina del Código no ha podido menos de influir la teoría de las obligaciones *inexistentes* ó *nulas de pleno derecho* y las *simplemente nulas* ó *anulables*. Y como las primeras dan lugar á una declaración precisa de nulidad, porque lo que no tiene legal existencia, no puede ser válido, y las segundas sólo producen una acción rescisoria ó una acción especial para su rescisión ó anulación, por eso el artículo se ocupa de ambas acciones, porque es indudable que los documentos aparecidos pueden justificar un vicio tal de nulidad que haga estimar *inexistente* la transacción, ó por el contrario, una mera causa de rescisión que la haga anulable simplemente. Y para demostrar que ni una ni otra podrían prosperar, de no mediar mala fe, por eso hizo mención de las dos en su precepto.

El Código sienta una regla general á toda transacción que aparezca como medio de resolver una ó varias ó muchas cuestiones pendientes entre dos ó más interesados. Se entiende que en la transacción todas las diversas cuestiones resueltas se hallan enlazadas entre sí, siendo las concesiones obtenidas en algunas, mera compensación de las hechas en otras. Aun cuando pueda afirmarse en algún caso que una transacción comprende en realidad dos transacciones independientes, á cada una de ellas sería también aplicable el artículo. La generalidad del precepto no consiente otra interpretación. La cuestión ha terminado: la ley, á no mediar mala fe, no quiere que el descubrimiento de nuevos documentos pueda servir de pretexto ó motivo para hacerla resucitar.

Concordancias.—El proyecto de Código de 1851 estableció análoga disposición en su art. 1528, y conformes con dicha doctrina se hallan varios de los Códigos extranjeros, algunos de los cuales, como el de Austria, el de Méjico y el de California, disponen lo mismo que el nuestro, manteniendo la subsistencia de la transacción á no mediar mala fe, si bien los dos últimos, al estimar esta

causa de excepción, suponen motivada la mala fe, por haber conocido una de las partes los títulos ó documentos, luego descubiertos, y haberlos ocultado á la otra hasta llevarse á efecto la transacción; es decir, que la admiten en el caso de retención de documentos. Otros, por ejemplo, el de la República Argentina, previenen que la transacción pueda ser rescindida por la aparición de documentos desconocidos por las partes al tiempo de celebrarla si de ellos resultare que una de aquéllas no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso. Por el contrario, los Códigos de Francia, Bélgica, Holanda é Italia, mantienen la doctrina que antes hemos expuesto respecto de la indivisibilidad de la transacción general propiamente dicha, en cuyo caso los títulos que entonces fueran desconocidos y posteriormente se descubrieran, no podrían ser motivos de rescisión, á no ser que hubieran sido retenidos por alguna de las partes.

Salvas las diferencias indicadas, concuerda el artículo que examinamos con el 2057 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1777 del de Italia, con el 1720 del de Portugal, con el 1387 del de Austria, que es enteramente igual al nuestro, con el 1900 del de Holanda, con el 3050 del de la Luisiana, con el 2124 del del Uruguay, también igual al que examinamos, con el 2459 del de Chile, con el 859 del de la República Argentina, con el 2203 del de Veracruz-Llave, con el 3175 del ya citado de la Baja California, con el 3315 del de Méjico, y con algunos otros más.

ARTÍCULO 1819

Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción.

La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción.

Supongamos ahora el caso de concurrencia entre las dos formas de resolver un punto litigioso: la transacción y la sentencia,

concurrencia que, ciertamente, no ha de verificarse de ordinario, sino desconociéndose mutuamente. ¿Cuál de las dos formas vencerá, la sentencia ó la transacción?

El derecho romano decretaba la superioridad de la sentencia. En homenaje al principio de la veracidad de la cosa juzgada la transacción era nula; pero, por lo mismo, si la sentencia no había adquirido aún, en el momento de verificarse la transacción, el carácter definitivo, la transacción se hacía válida (L. 7 y 11, D., *de transact*, 2, 15).

Algunas legislaciones modernas han recogido literalmente estas máximas. Nuestro Código también, pero con una modificación muy interesante.

Desde luego, si la sentencia no ha llegado al grado de jurisdicción que la hace irrevocable, la transacción no puede atacarse, sigue siendo un obstáculo para la continuación del litigio.

Pero firme é irrevocable ya la sentencia, parece que según el texto del artículo hay que volver á distinguir estos dos casos:

a) El caso de que todas las partes que transigen ignoren el fallo judicial;

b) El caso en que lo ignore sólo una.

El precepto de la ley se refiere sólo al segundo y calla para el primero.

Si es una sola de las partes la que ignora la sentencia, «*podrá* pedir que se rescinda la transacción»; pero, dado el uso de este verbo facultativo, podrá también atenerse á la transacción misma, puesto que no hay razón alguna que impida la tácita renuncia de su acción que implica el no ejercicio de ella en tiempo.

Si todas las partes desconocen el fallo hecho firme, ¿tendrá cada una de las partes esta facultad de elección? ¿Predominará, en cambio, necesariamente la sentencia?

He aquí un vacío de la ley, que la jurisprudencia está llamada á llenar, podría decirse por aquellos que no atendieran más que á la letra de la misma; pero si bien se piensa sobre ello, no existe tal vacío. En efecto, si la sentencia del juicio era desconocida para ambas partes, la transacción se hizo válidamente y

será eficaz y subsistente por no haber mediado mala fe por ninguna de las partes. Hecha la transacción pueden ocurrir tres casos, á saber:

1.° Que sigan desconociendo la existencia de la sentencia ambas partes.

2.° Que llegue á conocerla una de ellas y la otra no; y

3.° Que lleguen á conocerla las dos.

En el primer caso, no hay posibilidad siquiera de que se pida la rescisión por faltar el motivo que puede dar lugar á ello. El segundo explícitamente está comprendido en el precepto del artículo que examinamos; y en el tercero, por la misma razón de derecho habría que reconocer á favor de ambos contratantes la facultad concedida en dicho artículo, pues no se concibe que lo que la ley otorga á uno de ellos no sea extensivo á ambos, cuando el motivo es el mismo. Lo contrario sería establecer una desigualdad ilógica y contraria al espíritu de la disposición legal citada, la cual, al autorizar la petición de rescisión por el desconocimiento de la sentencia, establece un derecho igual para ambas partes cuando se encuentran en igualdad de circunstancias, y sólo la otorga á una y no á la otra cuando por cualquiera de ellas fuese conocida la sentencia antes de transigir, pues entonces, por parte de ésta, sería indudable la existencia de dolo determinante de una causa de nulidad con arreglo al art. 1817 en relación con el 1265, cuya causa de nulidad, no podría ser utilizada en su beneficio por la misma que dió lugar á ella por razón del dolo con que procedió. Por lo tanto, basta que una de las partes desconociera al tiempo de la transacción la existencia de la sentencia que puso término al litigio para que la misma pueda pedir la rescisión, y si las dos la desconocían, con el mismo motivo y por la misma razón jurídica debe ser extensiva á ambas dicha facultad.

La inclusión de este precepto en el Código, obedece á que el fundamento de la transacción es la existencia de un derecho dudoso, el que es objeto de la misma, y si dicho derecho no es cuestionable ya al tiempo de transigir por virtud de la senten-

cia que definitivamente termina el juicio y pone fin á las dudas que motivaron el mismo, el resultado será que la transacción carecerá de objeto y de causa.

El Código francés, en su art. 2056, declara nula la transacción en dicho caso, lo mismo cuando desconozca la sentencia dictada una de las partes, que ambas, siendo pasada en autoridad de cosa juzgada dicha sentencia; pero se abstiene de determinar el carácter de dicha nulidad, y por el silencio de la ley en este punto se suscitó larga duda y controversia entre los intérpretes de la misma. Duranton se limita á decir que la transacción en dicho caso carece de causa, sin desenvolver las consecuencias que en el orden jurídico deben derivarse de dicho principio. Pont, transcribe la discusión habida en el Consejo de Estado á propósito de la redacción de dicho artículo. Berlier, sostiene que la transacción debe ser considerada en tales circunstancias como el efecto de un error padecido, porque lo cierto es que las partes que la celebraron en la ignorancia del fallo pronunciado, no la habrían hecho si hubieran conocido éste. Domat, entiende también que las partes que transigen ignorando el fallo lo hacen por error, en la creencia de existir un peligro donde en realidad ya no existe, y algunos otros, por el contrario, sostienen que necesitando todo contrato una causa para su válida existencia, al faltar la causa de la transacción, hay que tener ésta por *inexistente,* llegando á afirmar que cuando un juicio ha sido terminado por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no es posible que haya transacción sobre el mismo, porque no puede ya existir duda sobre el derecho transigido, y de aquí que sea *nula de propio derecho* la que se celebre, y no pueda reconocérsele efecto alguno, ni aun por la conformidad de la parte que desconociendo la sentencia al transigir, la conociere después y renunciare á reclamar contra ella.

Nuestro Código no ha estimado nula de derecho la transacción en el caso de que nos ocupamos, sino que la considera simplemente rescindible ó anulable, y al hacerlo así, ha procedido con razón, pues no es cierto que en ella falte la causa del con-

trato, cual es el temor ó el peligro en el ánimo del que la lleve á cabo, y no faltando la causa, no hay lugar á la nulidad. Lo que hay es un error en el consentimiento, y en su virtud únicamente podrá pedirse la rescisión por tal motivo.

Por el contrario; si la sentencia no fuere firme, el derecho en ella declarado continuará siendo revocable y subsistirá el motivo, la razón, el objeto y el fundamento de la transacción, y en su consecuencia la ignorancia del fallo dictado no será causa bastante para impugnar la eficacia ni menos la validez de aquélla. Declara la Resolución de la Dirección de los Registros de 29 de Noviembre de 1899, que pendiente recurso de casación, de una sentencia que declaró la nulidad de un testamento, es válida la transacción, por la que los interesados se conforman en estimarlo eficaz, y pactan bajo esa base.

Concordancias.—El presente artículo concuerda, entre otros, con el 2056 de los Códigos de Francia y Bélgica, si bien éstos declaran nula la transacción en dicho caso, con el 1756 del de Italia, con el 1899 del de Holanda, con el 3049 del de la Luisiana, con el 1852 del de Guatemala, con el 2455 del de Chile, con el 2125 del del Uruguay, con el 2204 del de Veracruz-Llave, con el 860 del de la República Argentina, con el 3176 y el 3177 del de la Baja California y con algunos otros.

El Código mejicano, en su art. 3316, declara en general nula la transacción sobre cualquier negocio que estuviere decidido judicialmente por sentencia irrevocable, ignorada por los interesados; pero si la sentencia no es irrevocable, es válida la transacción según precepto expreso del art. 3317 de dicho Código.

CAPÍTULO II

De los compromisos.

ARTÍCULO 1820

Las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas.

ARTÍCULO 1821

Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable á los compromisos.

En cuanto al modo de proceder en los compromisos y á la extensión y efectos de éstos, se estará á lo que determine la ley de Enjuiciamiento civil.

I. *Fundamento jurídico de ambos artículos.*—Igual fundamento que las transacciones, de las que nos hemos ocupado al estudiar el capítulo anterior, tienen los compromisos que constituyen la materia del presente.

Su objeto es el mismo, y, por lo tanto, cuanto dejamos dicho respecto de la utilidad del contrato especial de transacción, es completamente aplicable al juzgar de la conveniencia del que ahora examinamos. Y como nada nuevo establece el Código en cuanto á éste, constituyendo los preceptos relativos á los mismos meras disposiciones de referencia á las que tenemos ya expuestas acerca de la transacción ó á las reglas procesales de la ley de Enjuiciamiento civil, muy poco tendremos que detenernos en la exposición del concepto del compromiso como contrato, que es el que sirve de base á los dos artículos que hemos agrupado en este comentario y que son los únicos de que consta el capítulo consagrado en el Código á este contrato.

Se ha aludido ya antes embrionariamente á la relación entre la transacción y el compromiso.

De ordinario suele concebirse el compromiso como una variedad de la transacción, nacida de la aplicación á esta institución de la idea del mandato, tan útil en la vida. El compromiso sería, pues, una transacción encomendada á terceras personas para resolver un litigio pendiente ó posible.

Con todo, no es así. Las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas. Tal dice el Código civil, cierto; pero apenas se busca en la ley procesal de este orden jurídico, siguiendo la referencia que el mismo Código hace, la doctrina de los efectos del compromiso, se advierte en seguida la diferencia. El compromiso, en efecto, no es una variedad de la transacción, sino del juicio. La idea del mutuo sacrificio que las partes hacen de sus derechos, está enteramente sustituída por la idea del juicio favorable á una parte y adverso á otra, juicio ciertamente no oficial, pero fundamentado, ó ya—lo mismo que aquél—en el derecho que resulta de lo alegado y probado (siendo entonces el llamado juicio arbitral pronunciado por Letrados, art. 816 de la ley de Enjuiciamiento civil), ó ya según el leal saber y entender de los encargados (en el que se llama simplemente de amigables componedores, art. 833 de la misma ley). En ambos casos procede, exista ó no litigio judicial planteado, y cualquiera que sea el estado del litigio (art. 487 ídem).

En resumen: el compromiso es un contrato en que las partes defieren sus cuestiones al juicio de especiales mandatarios. Por lo mismo, el Código podría haberle tratado como un caso específico del mandato; podría también haberle omitido, como hacen la mayoría de los Códigos extranjeros, dejando su reglamentación á las leyes procesales.

Prefiere, en cambio, agregarle y referirle en cuanto á la capacidad, la licitud y los efectos, á la doctrina de la transacción, con la que sólo tiene un punto más lejano de contacto, á saber: que ambas resuelven estados de derecho discutidos. Pero afirmémoslo una vez más: la transacción los resuelve mediante recíprocas renuncias, independiente de las cuales es la justicia

estricta; el compromiso, por el contrario, mira y atiende siempre á ésta dando á cada uno su derecho, se halle ó no dispuesto á transigirle. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1902, establece un requisito característico diferencial entre la transacción y el compromiso. Los arts. 1820 y 1821, dice dicha sentencia, son aplicables cuando las partes no sólo comprometen la decisión de sus contiendas en un tercero, sino que sustituyen á la autoridad judicial la de árbitros ó amigables componedores, para que éstos dicten sentencia previos trámites más ó menos rigurosos. Cuando se prescinde de este segundo requisito, sólo hay transacción.

Pero aun cuando existen esas características diferencias entre uno y otro de dichos contratos, como á su vez hay entre ellos muchos puntos de afinidad, no pueden menos de regir los mismos principios para las relaciones jurídicas análogas que se establecen por consecuencia de ellos. Por eso el art. 1821, en su párrafo 1.º, establece que es aplicable á los compromisos lo dispuesto en el capítulo anterior sobre las transacciones.

Aunque aquellos participan del carácter de los verdaderos juicios y están por lo tanto sujetos á las prescripciones de la ley procesal en cuanto al modo de proceder en los mismos, así como en lo relativo á su extensión y efectos, según se ordena en el párrafo segundo del artículo 1821 antes citado, es lo cierto que en su origen son verdaderos contratos, y, en su virtud, tienen que caer bajo la acción del Código civil que es el llamado á regular en este concepto los distintos elementos esenciales á la relación contractual.

El primero de ellos es el referente á la capacidad legal para celebrar dicho contrato, requisito indispensable para su válida existencia, pues es evidente que en tanto producirá efectos jurídicamente el compromiso, en cuanto tengan capacidad para celebrarlo las partes que le lleven á efecto.

La determinación de esa capacidad es el objeto del art. 1820, primero del capítulo, el cual la precisa con una fórmula concisa y clara, según la que tienen capacidad para obligarse en esta

forma los mismos que la tienen para transigir. Es, pues, un precepto de referencia el de dicho artículo, y, por lo tanto, nos referimos á cuanto tenemos dicho en el capítulo anterior acerca de la capacidad para celebrar el contrato de transacción.

Esa misma relación, ó esa misma referencia, la confirma para todos los demás elementos del contrato la disposición del párrafo primero del art. 1821, de que antes nos hemos ocupado, y, en su consecuencia, para determinar qué cosas pueden ser objeto de compromiso, y para los demás efectos del mismo habrá que estar á lo establecido respecto de las transacciones en cuanto no se halle en oposición con la naturaleza jurídica de este contrato, ó no resulte modificado por la ley de Enjuiciamiento civil en lo relativo al modo de proceder y á su extensión y efectos, pues por mandato expreso de la ley hay que ajustarse á las reglas procesales en cuanto á dichos extremos.

Y llegamos con esto á la última de las disposiciones que el Código establece sobre la materia, ó sea la consignada en el párrafo segundo del art. 1821, disposición también de mera referencia á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil, comprendidas en el tít. 5.º de su libro 2.º, ó sea en los artículos 790 al 839 inclusive.

La ley procesal de 1855 resolvió ya con plausible acierto cuantos extremos eran precisos para establecer entre nuestras instituciones jurídicas el juicio arbitral á que da origen el contrato especial de compromiso, cuyo contrato no puede menos de admitirse en derecho, porque dentro de los buenos principios jurídicos es imposible rechazar ni desconocer la libertad de las partes para someter sus diferencias al juicio de personas que les merezcan entera confianza, siempre que tuvieren capacidad legal para ello, por cuyo medio, á la vez que obtienen una solución dentro del breve plazo que de común acuerdo pueden fijar, consiguen indudablemente otras varias ventajas evitando las dilaciones y los mayores dispendios que llevan consigo ordinariamente los pleitos.

Pero esa libertad que el Código reconoce y sanciona, requie-

re reglas que la ordene y encauce eficazmente, garantizando así el cumplimiento de la justa aspiración y del fin á que obedece este especial contrato y que constituye su principal fundamento, pues de lo contrario, ofrecería gravísimos inconvenientes como la experiencia enseña. Por eso el Código civil, al admitir este contrato respetando la libertad de las partes para establecerlo, ha tenido buen cuidado de reglamentar dicha facultad, sometiéndole preceptivamente á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento, que era la llamada á regular todo lo relativo á la forma de proceder, así como á su extensión y efectos.

No es propio de esta obra, consagrada únicamente al estudio del Código civil, el examen de las disposiciones de dicha ley procesal relacionadas con esta materia, ni menos su crítica, por lo que prescindimos de más consideraciones sobre ello, remitiéndonos á lo que acerca de ello tenemos expuesto en el tomo correspondiente de nuestros comentarios á dicha ley. No obstante, juzgamos de interés la exposición de algunas decisiones de la jurisprudencia, relacionadas con los arts. 1820 y 1821.

Respecto al primero de dichos artículos, citaremos las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Abril y 28 de Octubre de 1897 y 25 de Abril de 1902 y la Resolución de la Dirección de los Registros de 10 de Septiembre de 1902. Según esta última, habiendo menores de edad interesados en cuestiones relacionadas con una partición de herencia, el padre de dichos menores, obra legalmente obteniendo autorización judicial para la designación de amigables componedores, y practicada después por éstos la partición, no es necesario el nombramiento de defensor judicial.

En la sentencia de 13 de Julio de 1904, se resuelve que, convenido entre las partes que las cuestiones que pudieran surgir de un contrato, se sometiesen á la decisión de peritos, existe un pacto lícito, conforme en su esencia con las disposiciones de los artículos 1809, 1815 y 1820, no habiendo verdadero juicio arbitral, ni siendo por tanto aplicables las formalidades prevenidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

De la relación de esta ley con el art. 1821 del Código han nacido diversas cuestiones, habiéndose sentado la doctrina siguiente:

El convenio de someter una cuestión al juicio de amigables componedores, es desde luego válido, aun cuando no conste en escritura pública, dando acción á las partes para exigir su cumplimiento en forma legal, ó sea, ya con posterioridad, sujetándose á lo preceptuado en la ley de Enjuiciamiento civil. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1903.)

Cuando los compromisarios no cumplen su cometido en el plazo que se les marcó, se extingue el contrato ó cesan sus efectos, por ser aplicable al caso lo prevenido en el art. 800 de la ley de Enjuiciamiento civil. (Sentencias de 28 de Octubre de 1897 y 24 de Octubre de 1903.)

Del mismo modo, y fundándose en el art. 791 de dicha ley, la sentencia de 4 de Noviembre de 1899, declara que con arreglo al 1821 del Código, no es válida la designación de dos amigables componedores, debiendo ser su número impar, y la de 17 de Mayo de 1904, declara á su vez ineficaz la cláusula por la que se deja á la voluntad de una sola de las partes la designación del tercer árbitro.

Por último, la sentencia de 1.º de Diciembre de 1903, resuelve que, convenida la decisión por amigables componedores, al negarse una de las partes al cumplimiento del convenio, queda la otra desligada también de su obligación, y puede promover cuestión judicial, si entiende convenirle más este medio que exigir el cumplimiento del compromiso y reclamar indemnización de perjuicios.

II. *Concordancias.*—Muy pocos son los Códigos extranjeros que se ocupan de los compromisos, limitándose casi todos ellos á legislar sobre las transacciones, absteniéndose de entrar en el terreno propio y exclusivo del compromiso, que por muchos ha sido considerado como una modalidad de la transacción, según tenemos ya dicho, por cuya consideración, sin duda, se ha pasado en silencio en dichos Códigos este contrato.

Sin embargo, algunas concordancias se observan entre ellos y los artículos objeto del presente comentario, especialmente en el 2205 del Código de Veracruz-Llave, que es igual al 1820 del nuestro, y en los 2206 y 2207 de aquél, cuyos preceptos son análogos al del 1821 de éste.

Otras legislaciones reservan para las leyes procesales la regulación de dicha materia, como si se tratase de verdaderos juicios. Así sucede, por ejemplo, en Francia, cuyo *Código de procedimientos* civiles tiene en su libro 3.º un título dedicado exclusivamente á la reglamentación de los compromisos, declarándose en el art. 1003 quiénes pueden celebrar este contrato, y en el 1004 las cosas que pueden ser objeto del mismo.

La generalidad de los Códigos civiles, salvo el de la Luisiana, siguen el ejemplo del francés. El mismo método se observa en nuestro antiguo derecho, pues las Partidas se ocupan de la materia tan sólo en la 3.ª, que como ha dicho un autor, constituye un verdadero *Código de enjuiciamiento*, y en la Novísima Recopilación sólo se habla de los compromisos en la ley 4.ª, título 17 del libro 11, que, según es sabido, está consagrado á los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos.

TÍTULO XIV

DE LA FIANZA

En los títulos anteriores del presente libro del Código hemos estudiado los contratos principales que común y ordinariamente pueden originar las diversas relaciones jurídicas en el orden civil, así como las obligaciones derivadas de ellos, correspondiendo ahora, dentro del sistema adoptado por la generalidad de los Códigos, que nos ocupemos del contrato especial y subsidiario de fianza, establecido como medio de asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones.

Dos son las acepciones que en el tecnicismo jurídico tiene la palabra fianza: uno, lato, amplio y extenso, que comprende, dentro de sus términos, todos los contratos de garantía; y otro, restringido y estricto, que es lo que constituye la fianza propiamente dicha. En ambos sentidos denota el aseguramiento por medios subsidiarios de una obligación principal, que es la característica de su esencia, pues sin dicha obligación principal no se concibe la existencia de la fianza, y por eso es siempre un contrato accesorio, dependiente de otro, para cuya seguridad se constituye.

En la primera de dichas acepciones comprende también la prenda y la hipoteca, porque el objeto de la fianza puede conseguirse, no sólo asegurando con la garantía personal de un tercero la efectividad ó cumplimiento de la obligación contraída por el deudor principal, sino también entregando al acreedor para su seguridad una cosa mueble ó semoviente con facultad para cobrar la deuda con el valor de la misma, en el caso de no ha-

cerse efectiva á su vencimiento, ó constituyendo con dicho objeto un derecho real sobre un inmueble de la propiedad del obligado ó de un tercero. La fianza puede ser, por lo tanto, personal, pignoraticia é hipotecaria, y esta es su clasificación generalmente admitida por las leyes; pero al presente sólo hemos de examinar esta institución en su sentido estricto, ó sea como garantía *puramente personal* de la obligación asegurada por ella.

En este concepto puede definirse la fianza, diciendo que es un contrato mediante el cual uno de los contratantes da su garantía personal para asegurar el cumplimiento de una obligación contraída por otra distinta persona, comprometiéndose á cumplirla por ella, si ésta no lo hiciere en el tiempo y en la forma en que se obligó á llevarla á efecto.

Este mismo concepto de la fianza es el que suministra el Código civil francés al definir la caución en su art. 2011, el italiano en el 1898 y casi todas las demás legislaciones extranjeras, pues como veremos al concordar los diversos artículos de este título con dichas legislaciones, es ésta una materia en que apenas existen diferencias esenciales en los Códigos por la especial naturaleza de la convención que la motiva y por la razón jurídica á que obedece su admisión en ellos.

En efecto; la adopción de la fianza en sus distintas manifestaciones, y especialmente en el carácter en que la examinamos, responde á una necesidad igualmente sentida en todos los países por consecuencia de la mayor extensión que con el transcurso del tiempo hubo de tener la contratación en los diversos pueblos, pues si en un principio la palabra empeñada y la simple promesa bastaban para aquietar los temores del acreedor, por el conocimiento que se tenía de la probidad del deudor y por la confianza que inspiraba dicho conocimiento, cuando la vida contractual fué incesantemente extendiéndose y las relaciones jurídicas adquirieron gran amplitud, se hizo necesario buscar medios y formas que asegurasen el fiel cumplimiento de las convenciones. Y si bien la religión proporcionó el juramento, por cuya intervención se procuraba imprimir mayor respeto y seguridad en la

obligación, llegó un momento en que dicho vínculo no fué bastante para conseguir tal objeto, y entonces surgió la idea de la fianza como garantía eficaz, con el mismo carácter que en la actualidad reviste.

Así es que este contrato fué muy conocido entre los romanos, quienes lo aplicaron, no sólo á las convenciones, sino también al procedimiento. La obligación del fiador, que generalmente se contraía por medio de la *stipulatio* ó *verborum obligatio,* se extendía al fiador y á sus herederos. El fiador podía garantizar las obligaciones civiles y hasta las naturales, de tal suerte, que á veces podía ser demandado el fiador sin que pudiera serlo el principal obligado, y era permitido en aquel derecho obligarse por cantidad menor que la deuda principal, pero nunca podía hacerse por más, como terminantemente previene también nuestro Código en el art. 1826. Con arreglo al senado-consulto Veleyano, la mujer casada no podía ser fiadora: doctrina que sufrió algunas modificaciones antes de Justiniano, quien ordenó que la fianza prestada por mujer casada sería nula, á no ser que se hubiese constituído por documento público firmado por tres testigos.

En el derecho patrio apenas se encuentran vestigios de la fianza hasta el Fuero Real, si bien en el Fuero Viejo de Castilla se habla de *fiadores de saneamiento* que debían intervenir en las ventas de heredades hechas por los fijosdalgo; pero aun cuando esta disposición nos hace suponer que era conocido y debió ser empleado como garantía de las obligaciones el contrato de fianza, lo cierto es que no encontramos reglamentada esta materia hasta el Fuero Real, en cuyo título 18 del libro 3.º se regula ampliamente todo lo relativo á los fiadores y fianzas.

Las leyes de Partidas copiaron en esta materia, como en otras muchas, la legislación romana, y sin alteraciones esenciales subsistió dicho contrato en nuestro derecho hasta la publicación del Código civil, en el que, conforme á lo dispuesto en la ley de 11 de Mayo de 1888, se ha mantenido en cuanto á este contrato el criterio de la legislación anterior, estableciendo, sin embar-

go, aquellas modificaciones que, en el desenvolvimiento de la doctrina jurídica, había consagrado la jurisprudencia y aconsejado la ciencia como solución conveniente para poner término á las dudas y cuestiones que suscitaba el estudio de nuestro antiguo derecho.

Para no anticipar ideas y evitar innecesarias repeticiones, prescindimos de la exposición y crítica de dichas modificaciones, dejando el juicio de las mismas para el comentario de los artículos correspondientes, limitándonos tan sólo á indicar que este título del Código, es uno de los en que con mayor método se ha procedido, atendiéndose, con especial cuidado y con la debida independencia, á los diferentes puntos que constituyen la vida civil del contrato de fianza, á cuyo efecto se ha dividido dicho título en cuatro capítulos distintos, de los cuales el primero se halla consagrado al estudio de la naturaleza jurídica y extensión de la fianza; el segundo, á los efectos de la misma; el tercero, á su extinción, y el cuarto, á la especialidad de la fianza legal y judicial. Y para mayor claridad, aun se ha dividido el capítulo segundo en tres secciones, estando dedicada la primera al examen de los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor; la segunda al de los que se derivan de dicho contrato entre el fiador y el fiado, y, por último, la tercera se ocupa de los efectos que pueden surgir entre los cofiadores cuando es prestada la fianza por más de una persona.

CAPÍTULO PRIMERO

De la naturaleza y extensión de la fianza.

Recordando las indicaciones consignadas en la introducción al presente título, fácil es precisar la naturaleza y aun la extensión de la fianza en el concepto en que ha de ser objeto de nuestro estudio. En cuanto á la primera, tres son los caracteres que la distinguen y diferencian, determinando la razón de su

especialidad, derivada del objeto mismo de dicho contrato. Esos caracteres son: 1.º, la cualidad accesoria y subsidiaria de la obligación contraída; 2.º, la condición unilateral de la misma, y 3.º, la circunstancia de haber de ser el fiador persona distinta del principal obligado.

Es *accesoria* la obligación contraída, porque carecería de objeto sin otra principal cuyo cumplimiento asegure y garantice, hasta el punto de que sin ésta no se concibe su existencia. Ha de vivir, pues, unida á la convención á que debe su nacimiento y no puede asumir los caracteres de una obligación principal, independiente y con vida propia. Por eso, según dice muy acertadamente Ricci (1), no puede ser considerado el deudor solidario como un fiador del codeudor respecto de la parte adeudada por éste, pues en dicho caso, no hay dos obligaciones distintas, una principal, *existente por sí*, y otra accesoria ó adjunta á ella, sino tantas obligaciones principales con vida propia como codeudores existan, por virtud de las cuales cada uno de ellos responde por entero de la cantidad adeudada.

Pero no es sólo la fianza una obligación accesoria dependiente de la principal, garantida por ella, sino que además se distingue por su cualidad *subsidiaria* y condicional, toda vez que no empieza la efectividad de la misma hasta el cumplimiento de la condición ó la realización del hecho futuro é incierto de dejar de satisfacer su débito el principal obligado, en el tiempo y en la forma en que se comprometió á hacerlo.

En este supuesto la fianza es una verdadera promesa en opinión de algunos autores, pues siendo extraño el fiador á la obligación contraída por el deudor con relación al acreedor, é interviniendo en dicha relación jurídica únicamente al sólo objeto de garantir su cumplimiento, no hace otra cosa que *prometer* el hecho del fiado, promesa por la que se contrae una obligación, no principal, sino accesoria, que viene á fortalecer y ase-

---

(1) *Curso teórico práctico de derecho civil*, vol. 9.º, pág. 523.

gurar otra distinta, de la que es responsable en primer término el principal deudor.

Es, además, *unilateral* el contrato de fianza, porque del mismo sólo se derivan obligaciones por parte del fiador con relación al acreedor, aunque su cumplimiento ó consumación da origen á obligaciones del fiado respecto del fiador, y también porque puede tener lugar sin intervención del deudor, y aun del acreedor, en cuyo favor se constituya.

Y, por último, es otro de los requisitos propios de la fianza, en el sentido estricto en que es objeto de este título, el que el fiador sea persona distinta del fiado, porque nadie puede ser fiador personal de sí mismo. No sucede esto en las garantías reales, como la prenda y la hipoteca, pues en tales casos el mismo deudor puede asegurar su débito con bienes propios muebles ó inmuebles; pero en la fianza propiamente dicha, ó sea la personal, no hay otra garantía que el crédito que merezca la persona que afiance el cumplimiento de la obligación, y, por lo tanto, si al contraer ésta ha de tenerse ya en cuenta el crédito que inspira el obligado, no hay razón ni motivo jurídico alguno para que pueda admitirse que el mismo deudor concurra por sí para asegurar, en concepto de fiador personal, la efectividad de su propia obligación.

Los autores admiten, como fuentes ó títulos originarios de la fianza, la ley, el acuerdo judicial y la convención, y en tal supuesto la clasifican en legal, judicial y convencional; pero las dos primeras de dichas especies caen fuera de nuestro estudio. Cierto es que hay repetidos casos en que la ley exige la presentación de fiador ó la prestación de fianza, como sucede, por ejemplo, en la tutela y en el usufructo, y otros, si bien propios del derecho procesal, en que por consecuencia de una cuestión ó acto judicial se impone dicho deber, cual ocurre en la ejecución de las sentencias objeto de recurso de casación en el fondo, y para decretar el embargo preventivo en determinadas circunstancias; pero tanto en uno como en otro de dichos casos la fianza es obligatoria y no afecta la forma de contrato. Sólo la

convencional ó libremente convenida es la que reviste dicho carácter, y la única de que hemos de ocuparnos, como contrato de garantía ó accesorio, por ir unido á otro, para cuya seguridad se establece.

Las consideraciones que preceden bastan para determinar con toda claridad la verdadera naturaleza jurídica del contrato de fianza. Sin embargo, los tratadistas plantean y discuten algunas cuestiones relacionadas con dicha naturaleza, como veremos al estudiar cada uno de los artículos que constituyen este capítulo, pues los autores del Código han procurado dar solución en ellos á las mismas, para evitar en lo sucesivo las dudas que acerca de ellas solían suscitarse.

En cuanto á la extensión de la fianza, ó á los límites de la misma, cuya determinación es otra de las materias á que se contraen las prescripciones de dicho capítulo, disentía la doctrina y aun siguen en desacuerdo los tratadistas extranjeros; pero concretándonos á nuestro derecho positivo, ya la ley 7.ª, tít. 12 de la Partida 5.ª, vino á establecer el principio sancionado en la actualidad en el art. 1827 del Código, según el que no puede traspasar la fianza los límites de la obligación principal garantida por ella.

Como la ocasión oportuna para tratar esta materia de la extensión de la fianza, es el comentario del artículo citado, reservamos para entonces cuanto pudiéramos decir ahora sobre ello, á fin de abreviar todo lo posible nuestro trabajo, ahorrando ociosas repeticiones, por lo que pasamos desde luego al examen exegético de los diversos artículos del capítulo.

ARTÍCULO 1822

Por la fianza se obliga uno á pagar ó cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo 3.º, tít. 1.º de este libro.

Este artículo obedece á dos fines distintos que constituyen su peculiar objeto y la razón legal de su precepto: uno, la determinación del concepto de la fianza como contrato según el Código; y otro, la fijación de la diferencia que existe entre la obligación solidaria del codeudor y la subsidiaria del fiador. Y siendo distinta una y otra materia, aunque derivada la segunda de la primera, procede que nos ocupemos de ellas con separación.

I

Concepto jurídico de la fianza.

De las indicaciones que tenemos ya hechas con ocasión de este título, dedúcese claramente el concepto de la fianza en el sentido estricto en que aquí la examinamos.

Como se expresa en el presente artículo, oblígase por virtud de ella una persona á pagar ó cumplir por un tercero el compromiso que éste hubiere contraído, en el caso de no hacerlo por sí. Es, pues, una obligación subsidiaria la contraída por el fiador, según tenemos afirmado ya, y ese concepto se halla en un todo conforme con el texto del tít. 21, libro 3.º de la Instituta en el derecho romano, y con la ley 1.ª, tít. 12 de la Partida 5.ª en la legislación patria.

Promesa de hecho propio como garantía del ajeno ha llamado á la fianza un autor; y, en efecto, ésta es realmente una verdadera promesa por la que se contrae una obligación accesoria, que viene á asegurar otra principal, á la que sirve de garantía, constituyendo esa circunstancia el carácter esencial y distintivo de este contrato. Y hasta tal punto es indispensable esa relación de dependencia, que el art. 1824 terminantemente preceptúa que «la fianza no puede existir sin una obligación válida», elevando á precepto expreso lo que con completa uniformidad tenían ya reconocido nuestras antiguas leyes y la doctrina mantenida por los tratadistas y por la jurisprudencia constante de nuestros tribunales.

Mucho se ha discutido en el terreno de la teoría si la fianza

debe ser un contrato coetáneo ó simultáneo á la obligación garantida por él; pero en la actualidad son muchos los escritores que afirman que del mismo modo puede constituirse á la vez que se contrae dicha obligación principal que antes ó después de ella (1), pero en cualquier tiempo en que se haga, requiere siempre la existencia de una obligación principal sin la cual carecería de objeto.

La principal condición para su eficacia es que sea válida la obligación para cuya garantía se constituye, pues de lo contrario la nulidad de dicha obligación haría ineficaz la fianza, toda vez que, conforme al conocido principio jurídico, sancionado en el art. 4.° de este Código, los actos nulos no pueden producir efectos jurídicos de ningún género, y no siendo exigible la obligación principal por razón de su nulidad, tampoco podría serlo la subsidiaria ó accesoria, porque esto sería dar eficacia y validez á lo que de suyo es nulo é ineficaz. Sin embargo, al examinar el art. 1824, veremos cómo puede constituirse la fianza para asegurar obligaciones cuya nulidad pueda ser reclamada por una excepción puramente personal del obligado.

La utilidad de la fianza es indiscutible. Ya el sabio legislador de las Partidas dijo, dando la razón de esta institución: *Fiadurias facen los omes entre sí porque las promisiones é los pleitos que facen é las posturas sean mejor guardadas*. Por este medio, alejando el temor del acreedor y asegurando el cumplimiento de las obligaciones, contribuye poderosamente á fomentar la contratación, y con ella todos los beneficios que al interés particular y á la riqueza pública proporciona el amplio desenvolvimiento de las relaciones contractuales. Por eso es tan frecuente su uso en todos los pueblos cultos.

El Código civil al exponer en el presente capítulo el concepto de la fianza ha prescindido de toda definición, limitándose por el contrario á su determinación por razón de los efectos que

---

(1) Véase *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, por D. Modesto Falcón, tomo 4.°, pág. 448.

produce. No ha seguido, pues, las huellas del proyecto de 1851, cuyo art. 1733 la definía diciendo: *Fianza es la obligación de pagar ó cumplir por un tercero en el caso de que éste no lo haga;* pero después de cuanto queda expuesto acerca de la naturaleza jurídica de dicha institución, desde luego se comprende la impropiedad de esa definición, que debió seguramente inspirarse en la noción expuesta con más fortuna en el art. 2.º del capítulo 10 del libro 4.º del Código bávaro, vigente antes de la unificación del derecho civil del imperio. En efecto; á poco que sobre ello se medite, aparecerá con toda claridad, que la obligación contraída por el fiador, será á lo sumo el objeto y aun la consecuencia jurídica de la fianza, pero no entraña por sí sola esta idea el concepto jurídico de la misma. Es decir, que la obligación á que se refiere el artículo citado, es el efecto del contrato, pero no el contrato mismo, que es lo que interesaba y se pretendía definir.

Siendo la fianza un contrato por virtud del que se contrae una obligación subsidiaria y accesoria de otra principal válida y eficaz, y de cuya eficacia y validez depende á su vez la de aquélla; derivándose ó pudiendo derivarse de dicho contrato determinados derechos y obligaciones, surgen inevitablemente de la mera exposición de su concepto, como de todas las convenciones jurídicas, tres cuestiones que son objeto de examen detenido por parte de los tratadistas que con mayor acierto se han ocupado de esta materia.

Esas cuestiones son las siguientes:

a) Capacidad para ser fiador.

b) Obligaciones que pueden ser aseguradas con la fianza; y

c) Efectos jurídicos de la misma.

De ellas la más importante, y también la que más ha dividido á los autores, es la primera; pero tanto ésta como las otras dos, merecen que las examinemos por separado para mayor claridad, á fin de facilitar con ello la recta inteligencia de cuanto se relaciona con el concepto del contrato de fianza, y especialmente de estos tres extremos que constituyen las bases esenciales de dicho contrato: *sujeto, objeto* y *resultado* del mismo.

a) *Capacidad para ser fiador.*—¿Quiénes pueden constituir la fianza? El Código no lo dice, siguiendo la norma adoptada respecto de casi todos los contratos. Limítase, en su lugar, á exponer en el art. 1828 que el obligado á dar fiador debe presentar con dicho objeto persona *que tenga capacidad* para obligarse; pero no establece regla especial alguna para juzgar de dicha capacidad. Se refiere, por lo tanto, á los principios consignados con anterioridad. Por eso dice que la persona que presente el deudor obligado á dar fianza, tenga capacidad para obligarse.

Y no podía menos de ser así, pues la fianza es un verdadero contrato, y, como tal, debe ajustarse indudablemente en cuanto á su eficacia á las prescripciones generales establecidas respecto de todos ellos. En su virtud, podrán constituir la fianza, y por lo tanto, ser fiadores aquellas personas á quienes la ley reconoce con capacidad suficiente para obligarse válidamente.

Cuanto hemos dicho respecto de dicha capacidad al comentar los artículos 1263 y 1264 tiene aquí perfecta aplicación, y á lo expuesto entonces nos remitimos.

Ninguna limitación impone el Codigo al ejercicio de ese derecho. No sucedía lo mismo en nuestra antigua legislación, pues tanto por la condición de las personas como por el estado de ellas ó por otros motivos diversos, estaban incapacitados algunos para darse por fiadores. Así sucedía con los militares ó caballeros de mesnadas, los obispos, los clérigos regulares, los recaudadores de los impuestos públicos y los siervos, según puede verse en la ley 15, tít. 6.° de la Partida 1.ª, y en la ley 2.ª, título 12 de la Partida 5.ª Mas en la opinión comúnmente recibida, todas esas prohibiciones, que venían á constituir otros tantos beneficios é inmunidades personales, cayeron en desuso y abolidos vinieron á quedar por el principio de igualdad civil proclamado por los Códigos modernos.

Igual beneficio concedieron las leyes recopiladas (1) á los labradores, negando eficacia á las fianzas que otorgasen como no

---

(1) Leyes 6.ª y 8.ª, tít. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación.

fuesen para asegurar obligaciones contraídas por otros labradores ó en seguridad de los intereses de la Hacienda pública. El Código civil ha omitido la reproducción de ésta y de las anteriores incapacidades, y con su silencio ha venido á derogarlas de una manera indudable, conforme al precepto amplísimo de su artículo 1976, á pesar de estarlo ya de hecho por el no uso. Por lo tanto, no queda vigente en la actualidad ninguna de dichas prohibiciones.

Mujer casada.—La mujer casada tampoco podía ser fiadora de su marido, según precepto expreso y terminante de la ley 61 de Toro, y dicha prohibición venía á extenderse, en general, por la legislación de Partidas á todas las demás fianzas que constituyese, pues aun tratándose de otras personas distintas de sus esposos, no podía asegurar por medio de la correspondiente fianza las obligaciones contraídas por las mismas, á no ser que renunciara expresamente el privilegio concedido á su favor *estando bien enterada de él.*

Entiéndase, sin embargo, para evitar confusiones, que la prohibición establecida respecto de la mujer casada no regía en Cataluña, pues allí no tenía autoridad legal ni se hallaba en observancia la citada ley 61 de Toro, por ser anterior al decreto llamado de nueva planta.

El Código portugués, después de establecer con clarísima concisión en su artículo 819 que pueden afianzar todos los que pueden contratar, exceptúa expresamente de dicha regla á las mujeres, á no ser que fueren comerciantes. Y razonando este precepto el ilustre comentador de dicho Código, Díaz Ferreira, dice que no son admitidas á afianzar las mujeres porque por su fragilidad y por la falta de conocimientos de administración, fácilmente podrían ser arrastradas á contratos de los que podría sobrevenirles perjuicios, exceptuándose de esa prohibición á las que son comerciantes, porque por el uso ó ejercicio de éste se presume que están capacitadas ó habilitadas para apreciar la importancia y transcendencia de actos de tanta responsabilidad como la fianza, dada la experiencia adquirida por las mismas en

la práctica de los negocios, y, por consiguiente, debe considerárseles facultadas para afianzar, tanto en los asuntos comerciales como en los civiles, atendida la generalidad de la disposición contenida en el citado art. 819.

Sin embargo, el mismo precepto declara válidas, por excepción, las fianzas prestadas por las mujeres no comerciantes en determinados casos, como son:

1.º La constituída por razón de dote para contraer matrimonio.

2.º Cuando se hubiere procedido con dolo en perjuicio del acreedor.

3.º Si hubieren recibido del deudor la cosa ó cuantía sobre que recae la fianza; y

4.º Si se obligaren por causa que les pertenezca ó en favor de sus ascendientes ó descendientes.

El motivo ó fundamento jurídico de estas excepciones se concibe fácilmente, pues todas ellas se inspiran en una razón de conveniencia y de moral indiscutibles, porque, en efecto, se da eficacia á tales fianzas en el primero de dichos casos por el beneficio que pueden reportar esas donaciones á los contrayentes del matrimonio; en el segundo y tercero, porque nadie debe lucrarse con el dolo, sea suyo ó ajeno, y en el cuarto y último caso, porque al obligarse por causa suya ó de sus ascendientes y descendientes, se obligan en su propio interés. Aun en estos casos, no vale la fianza constituída sino cuando las mujeres gozan de la plena administración de sus bienes, y no cuando son casadas, porque entonces están sujetas al gobierno de sus maridos.

Otros diversos ejemplos pudiéramos citar en relación con las demás legislaciones extranjeras; pero esto resultaría innecesario é inútil ya para nuestro objeto, en vista de las modificaciones introducidas por el Código en el antiguo régimen legal.

En la actualidad ha desaparecido de nuestro derecho la prohibición establecida respecto de la mujer en general y de las casadas en particular, y, por lo tanto, carecen de oportunidad

y de aplicación las cuestiones suscitadas por los tratadistas y por los glosadores de la anterior legislación sobre la eficacia ó ineficacia de la renuncia de las leyes que imponían dicha prohibición, ó acerca de la validez de la obligación conjuntamente contraída por ambos cónyuges, en cuanto ésta cediera en beneficio de la mujer casada, siempre que dicho beneficio no fuera por su naturaleza de aquellas cosas que el marido venía obligado á suministrar á su esposa.

Cierto es que, según el núm. 3.º del art. 1263 del Código, las mujeres casadas no pueden prestar sin licencia de los maridos el consentimiento necesario para la existencia del contrato; pero una vez otorgada dicha licencia, son válidas y eficaces en general las obligaciones que contrajeren, incluso la de fianza, y en su virtud tienen que surtir todos los efectos jurídicos correspondientes á las mismas.

Respecto de la eficacia de la fianza constituída por la mujer casada para asegurar obligaciones contraídas por el marido, véanse las resoluciones dictadas por la Dirección general de los Registros en 26 de Abril de 1894, 31 de Mayo de 1895, 18 de Marzo de 1896 y en igual día y mes del año 1897.

Menores de edad.—En cuanto á los menores de edad, hay que distinguir si están ó no emancipados legalmente, puesto que las circunstancias en que se hallan son diferentes y distintas pueden ser también las consecuencias jurídicas de esos diversos estados, así como las limitaciones que por virtud de ellos deba imponer la ley respecto á su capacidad.

Ninguna duda puede ofrecerse con relación á los menores no emancipados. Sabido es que, tanto el derecho romano, como la legislación de Partidas, daban fuerza y validez á los contratos celebrados por ellos en lo que les fueran provechosos; pero negándose en absoluto á dichos menores por la legislación vigente la capacidad necesaria para contratar en general, es de todo punto evidente que las fianzas que prestasen no podrían surtir efecto alguno, aunque fuera posible que el contrato celebrado, ó la obligación garantida por la fianza, redundase por algún con-

cepto en beneficio de los mismos. Dicha fianza, en efecto, adolecería en su origen de un vicio de nulidad que la invalidaría desde un principio, toda vez que, conforme á lo preceptuado en el art. 4.º del Código, que comentamos, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, á no ser en los casos en que la misma ordene su validez por vía de excepción de la regla general consignada en dicho artículo.

Las breves indicaciones hechas bastan para comprender que en absoluto deben estimarse nulas todas las fianzas constituídas por los menores de edad *no emancipados,* cualesquiera que fueren las circunstancias de su otorgamiento y las condiciones de la obligación asegurada por ella. No es fácil que se presente este caso en la práctica y menos que se contraiga en instrumento público, pues no habría Notario que la autorizara sin exigir las justificaciones de la capacidad del otorgante en caso de duda acerca de la edad necesaria para ello; pero como pudiera ocurrir que se sorprendiese la buena fe de dichos funcionarios ó que con su improbable connivencia se otorgara simulando el menor ser mayor de edad, no consideramos ocioso cuanto dejamos dicho acerca de ello.

La regla indicada no puede aplicarse con la misma amplitud ó extensión á los menores de edad *emancipados* legalmente, pues como hemos consignado antes, son distintas las circunstancias en que pueden encontrarse y diversos también los principios de derecho que regulen sus actos jurídicos.

En efecto; con arreglo al precepto establecido en el art. 317, cualquiera que sea la causa ó el origen de la emancipación, ya provenga ésta del matrimonio del menor, ya dependa de la voluntad ó concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad, dicha emancipación no habilita de capacidad al menor más que con las limitaciones consignadas en dicho artículo, y aun más, tratándose de la motivada por el matrimonio, hay que añadir á dichas limitaciones las contenidas en el núm. 3.º del artículo 50 y en el 59.

Hay, pues, que distinguir si el emancipado es menor de die-

ciocho años ó mayor de dicha edad, y aun en este segundo caso tiene que distinguirse también por razón de la naturaleza del acto jurídico, según que éste implique ó no la traslación del dominio ó el gravamen de sus bienes ó la contracción de alguna otra obligación prohibida al emancipado por el art. 317, á no ser con el consentimiento de las personas mencionadas en el mismo.

En su virtud, si el menor no ha cumplido dieciocho años, no podrá ser emancipado más que por el matrimonio, pero dicha emancipación no le autoriza para administrar sus bienes ni los de la sociedad conyugal, sin consentimiento de su padre ó en defecto de éste sin el de la madre, y á falta de ambos sin el del tutor, y en ningún caso, mientras no llegue á la mayor edad, podrá tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces sin el consentimiento de las personas citadas antes (artículo 59 y caso 3.º del 50).

Si, por el contrario, tuviere el menor dieciocho años cumplidos, podrá ser emancipado, no sólo por matrimonio, sino también por concesión del padre ó de la madre, y si careciere de éstos podrá obtener el beneficio de la mayoría de edad por concesión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal de la misma (art. 321), cuya habilitación surte los efectos de la emancipación según el artículo 324, puesto que es aplicable al que hubiere obtenido dicha habilitación lo dispuesto en el art. 317 respecto de los emancipados.

Pero tanto unos como otros no podrán, á pesar de la emancipación ó habilitación citada, vender, gravar ni tomar dinero á préstamo sin el consentimiento de las personas citadas en dicho art. 317 hasta que no lleguen á la mayor edad, en cuya prohibición hay que estimar comprendida implícitamente la de afianzar, aunque la ley no lo dice de una manera expresa, pues de lo contrario vendría á eludirse su precepto contrayéndose la obligación principal á nombre de persona distinta con la fianza del menor, que así quedaría sujeto á ella, subrogándose en las

responsabilidades del principal deudor á pesar de la prohibición establecida en el citado artículo.

Véase lo expuesto en el comentario de éste y de los demás que hemos mencionado con motivo de esta cuestión, como mayor ampliación de la doctrina que sostenemos, y refiriéndonos á lo entonces dicho, nos limitamos á sentar como conclusión: Que siendo menor de dieciocho años el emancipado, no puede en modo alguno constituirse en fiador de otro, ni aun con el consentimiento de sus padres ó de su tutor, y teniendo dieciocho años cumplidos sí puede hacerlo con el consentimiento de dichas personas.

Locos, dementes y sordomudos.—Según el núm. 2.º del artículo 1263 del Código, tampoco pueden prestar éstos el consentimiento necesario para todos los contratos, el cual constituye uno de los requisitos esenciales de los mismos, siendo tan indispensable su concurrencia, que sin él no puede existir contrato alguno, como se establece en el art. 1261 de dicho cuerpo legal. Por lo tanto, haciendo aplicación á la fianza del principio general que tenemos ya indicado, resulta indudable que los que se encuentren en alguno de los tres casos citados, es decir, los locos, dementes y sordomudos, no podrán constituir la fianza, porque carecen de capacidad para obligarse, y en el caso de ser presentado alguno de ellos con tal objeto, no se cumpliría lo dispuesto en el art. 1828, que impone al deudor ó al que ha de ser fiado la obligación de presentar persona que, á más de los bienes suficientes para la debida garantía, reuna dicha capacidad.

Tan racional y lógica es esa exigencia de la ley, que no necesita comentario ni explicación alguna, y toda vez que el Código no establece ninguna modificación ó especialidad respecto de este particular con relación al contrato de fianza, nos limitamos á remitirnos á lo expuesto al estudiar el art. 1263, añadiendo tan sólo, por el interés que tiene para la resolución de las dudas que pudieran ofrecerse, que la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo tiene sancionada la doctrina de que la cuestión relativa á la capacidad de los contrayentes, necesaria para

la validez de los contratos, es de mero hecho y de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora, la que debe resolverla apreciando, con arreglo á sus facultades, las pruebas que los litigantes hubieren suministrado acerca de dicha capacidad.

b) *Obligaciones que pueden ser aseguradas con la fianza.*—Esta es la segunda de las cuestiones que dijimos surgían de la mera exposición del concepto jurídico de la fianza, y sin perjuicio de ocuparnos de ella con más detención en el comentario del artículo 1824, por ser ese el lugar más apropiado para ello, no podemos menos de anticipar que si la fianza denota el aseguramiento de una obligación que ha de cumplirse, es de todo punto indispensable que dicha obligación tenga la eficacia jurídica necesaria para su exigibilidad en derecho, pues de lo contrario, no siendo eficaz la obligación asegurada, no pudiendo reclamarse su cumplimiento por ser nula ó por cualquier otro motivo, carecería de objeto la garantía constituída por la fianza. Por eso el art. 1824, ya citado, prescribe de una manera clara y terminante que no puede existir la misma *sin una obligación válida.*

Sin embargo, como veremos más adelante, hay casos en que puede surtir efecto la fianza prestada para asegurar el cumplimiento de una obligación redargüible de nula por una excepción puramente personal del obligado. Pero la exclusión hecha en este caso por las razones que expondremos al examinar dicho artículo 1824, en nada altera la eficacia de la regla general que hemos indicado, y, en su consecuencia, podemos sentar como primera y principal conclusión que no pueden ser objeto de fianza, ó, lo que es lo mismo, que no pueden ser aseguradas con ella las obligaciones que no sean válidas con arreglo á derecho, excepto aquellas cuya nulidad sólo pueda pedirse por una excepción puramente personal del obligado, con la limitación consignada en el párrafo 3.º del mismo artículo tantas veces mencionado.

Pero no sólo ha de ser válida la obligación susceptible de aseguramiento por medio de la fianza, sino que además ha de ser compatible con ella la naturaleza jurídica de la misma.

Acerca de esta materia han discutido extensamente los tratadistas, y en especial sobre si podían ser objeto de fianza tan sólo las obligaciones civiles, ó también las naturales, y si la fianza podía extenderse á aquellas que proceden de una razón penal, como el delito ó el cuasidelito.

Sabido es que en el derecho romano el fiador podía garantizar no sólo las obligaciones civiles, sino hasta las naturales, y hasta tal punto podía contraer dicha obligación, que en determinados casos era permitido demandar á éste, sin que pudiera serlo el principal obligado, por no ser exigible civilmente ó no tener fuerza civil de obligar el acto ó la obligación propia del mismo.

No siempre se estimó así, y, contrayéndonos á nuestra antigua legislación, nos basta recordar la controversia sostenida por los intérpretes y expositores acerca de si podían afianzarse ó no las obligaciones meramente civiles. Gregorio López entendía que sí; pero Gutiérrez tenía por insegura esa opinión.

En cuanto á las responsabilidades pecuniarias procedentes de delito ó cuasidelito, si bien estaban en desacuerdo antes los autores respecto de si podía tener lugar ó no la fianza para la seguridad de las mismas, hoy la opinión general se inclina á la afirmativa, y, en realidad, no hay razón alguna que haga imposible en dichos casos la fianza, siempre que se limite á las responsabilidades pecuniarias, ya se impongan éstas como pena, ya procedan de las consecuencias civiles del delito ó del cuasidelito.

Discutíase también con gran empeño, y sigue discutiéndose aún por los autores, si puede prestarse la fianza eficazmente por una obligación futura. Richi (1), examinando esta cuestión, se inclina por la afirmativa, fundándose en que en dicho caso el fiador se obliga bajo una condición: la de que se lleve á efecto el acto de que se derive la obligación asegurada, como, por ejemplo, si se garantiza el pago del precio de una cosa para el

---

(1) *Curso teórico práctico de Derecho civil*, vol. 9.°, pág. 525, núm. 322.

caso de que la venta se realice; y en tal concepto, aceptada la promesa hecha de garantizar el pago del precio de dicha venta, en el caso supuesto, por vía de ejemplo, ó, en general, aceptada la promesa de garantizar el cumplimiento de la obligación derivada del acto futuro objeto de la fianza, no puede menos de surtir efecto en su oportunidad ésta, porque el vínculo jurídico quedó válida y eficazmente contraído, y el que se realice ó no la condición ó la eventualidad para la cual se concertó, no afecta á la validez de la fianza, sino al cumplimiento de la obligación garantida con ella. De la misma opinión son Laurent, Pothier y algunos otros tratadistas; y la jurisprudencia francesa nos presenta repetidos casos en que, habiéndose llevado esta cuestión á los Tribunales, se ha resuelto afirmativamente.

Sin embargo, no todos la entienden del mismo modo y, partiendo del principio de que la obligación *accesoria* y *subsidiaria* que constituye la fianza presupone necesariamente otra principal sin la cual no puede existir, sostiénese que no es posible la prestación de fianza más que por obligaciones subsistentes á la sazón, ó sea por obligaciones de presente. Pero todas estas discusiones que transcendieron también á los comentadores de nuestro derecho, carecen ya de oportunidad, pues los autores del Código pusieron término á ellas siguiendo la opinión más comunmente admitida, y con tal objeto establecieron en el artículo 1825 que puede prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aun conocido, pero haciendo depender la eficacia de aquélla del vencimiento de la obligación asegurada, ó, mejor dicho, aplazando su exigibilidad hasta que la deuda sea líquida y, por lo tanto, exigible.

¿Debe ser la fianza un contrato esencialmente gratuíto? Esta era otra de las cuestiones que discutían los tratadistas con relación al concepto jurídico de la fianza. Laurent (1) cita el caso de haber resuelto un Tribunal que la fianza es esencialmente gratuíta, pero tanto dicho autor, como Pothier y la jurispruden-

(1) *Principios de derecho civil*, tomo 28, pág. 131.

cia (1), han sostenido la opinión contraria. Richi (2), dice que la fianza es un contrato, por su naturaleza, gratuíto, pero que la gratuidad no es de esencia en él, así es que en nada se altera su naturaleza aun cuando el fiador estipule una retribución en recompensa del servicio que presta y en correlación al riesgo que corre. De que la fianza sea ó no un contrato por naturaleza gratuíto, depende el que tenga ó no derecho el fiador á exigir una retribución en el caso de que no haya sido pactada. Pero esta cuestión, que antes podía tener cierto interés, en la actualidad carece de él, pues el Código en el art. 1823 expresamente declara que la fianza puede ser gratuíta ó á título oneroso.

Nos hemos separado algún tanto de nuestro objeto con la cuestión que acabamos de exponer, la cual ha de ser objeto de más amplio desarrolló al comentar el artículo siguiente; pero tiene tal conexión con el concepto de la fianza el carácter lucrativo ú oneroso de este contrato, que no hemos podido menos de hacer esta ligera indicación por las consecuencias distintas que en uno ú otro caso pueden derivarse de dicho carácter; consecuencias de las que nos ocuparemos en su lugar oportuno.

Volviendo, pues, á la materia referente al objeto de este contrato, ó sea á las obligaciones que pueden ser aseguradas con la fianza, réstanos exponer como resumen de todo lo dicho hasta ahora, y sin perjuicio de volver sobre ello, que se encuentran en dicho caso todas aquellas obligaciones presentes ó futuras que sean válidas ó puedan ser eficaces en derecho, aun siendo nulas, por no ser exigible su nulidad sino por una excepción personal no ejercitada, en cuyo caso la eficacia de la misma dependerá del ejercicio de la acción que asista al obligado para reclamar dicha nulidad, ya dependan las obligaciones citadas de un título civil ó penal, limitado éste á las responsabilidades pecuniarias, y ya se contraiga por el fiador la obligación accesoria gratuíta ú onerosamente.

---

(1) Sentencia de 13 de Marzo de 1854. Véase Dalloz, 1854, 1, 248.

(2) Obra y tomo últimamente citados, pág. 526, núm. 233.

c) *Efectos jurídicos de la fianza.*—La tercera de las cuestiones que hemos señalado como esenciales, con relación al concepto jurídico de la fianza, es la relativa á los efectos jurídicos de la misma; pero esta materia ha de ser objeto de especial estudio al ocuparnos de las disposiciones del cap. 2.° de este título, y en su virtud, para no duplicar ó no dividir las consideraciones que sobre tan importante materia sugiere el examen de ella y la meditación reflexiva sobre la misma, nos referimos, desde luego, al comentario de los artículos de dicho capítulo, limitándonos por ahora á indicar que debiendo ser el fiador una persona extraña á los constituyentes de la obligación principal y estando establecida en beneficio de estos últimos, aunque también puede estarlo en favor del mismo fiador en el caso de ser retribuída, desde luego se comprende que esa misma diversidad de personas ha de crear necesariamente varios órdenes de relaciones entre ellas, ó sean distintos efectos de la fianza, unos entre el fiador y el acreedor, y otros entre aquél y el deudor. Pero, además, el Código admite la posibilidad de la concurrencia de varios fiadores para el aseguramiento de una misma obligación y aun la *subfianza*, ó sea la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de la obligación contraída por otro fiador anterior (párrafo 2.° del art. 1823), y, por lo tanto, la intervención de dichos cofiadores, en el caso de existir más de uno, ha de dar origen también á otras especiales relaciones jurídicas entre ellos, ó á otros efectos determinados de la fianza.

He aquí las tres clases distintas de efectos de este contrato que el Código regula en las tres secciones en que se halla dividido el citado cap. 2.° del presente título, cuyo capítulo es el consagrado á la determinación de las consecuencias jurídicas de la fianza.

II.—*Diferencias entre la obligación solidaria del codeudor y la subsidiaria del fiador.*

Consignado ya el concepto jurídico de la fianza derivado del párrafo primero del art. 1822, objeto de este amplio comentario,

debemos pasar desde luego al examen del precepto contenido en el párrafo segundo de dicho artículo.

A pesar del carácter subsidiario de la obligación contraída por el fiador, que es lo que constituye una de las bases esenciales del contrato de fianza en su forma más común y corriente, puede perder, sin embargo, dicha condición, convirtiéndose en una obligación principal, si el fiador se obliga solidariamente con el deudor.

No existe, en efecto, ninguna razón jurídica que á ello se oponga; y como en dicho caso pudiera surgir la duda de si á pesar de la cualidad accesoria propia de la fianza, habría lugar á exigir desde luego el cumplimiento de la obligación contraída por el fiador, ó si, por el contrario, necesariamente había que dirigir antes la acción contra el fiado, previendo dicha dificultad, el legislador se ha apresurado á dar la conveniente solución de ella, siendo este el objeto y el fundamento legal de la disposición consignada en dicho párrafo segundo, con la que se ha puesto término á las dudas que suscitaban con sus escritos los tratadistas, y á las cuestiones que el peculiar interés de las partes motivaba fundadas en las diversas teorías y en las distintas interpretaciones de nuestras antiguas leyes, mantenidas por aquéllos.

Según dicho precepto, cuando el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, habrá de observarse lo dispuesto en la sección 4.ª del capítulo 3.º del título 1.º del presente libro, respecto de las obligaciones solidarias. Es decir, que en ese caso se considera al fiador como un principal obligado con la cualidad de *in solidum,* que es el carácter y la condición jurídica que entonces le corresponde, y en tal concepto puede dirigirse la reclamación desde luego contra él con independencia del deudor, ó contra ambos simultáneamente.

Véase lo que dijimos al comentar los arts. 1141 al 1148, ambos inclusive, pues todo lo expuesto entonces tiene aplicación para la determinación y precisión de los derechos y obligaciones del fiador que se obliga solidariamente con el deudor principal.

Constituye la disposición del párrafo segundo del artículo que examinamos una excepción de la regla general, excepción aceptada por casi todos los Códigos, pues conforme se halla con los principios generales del derecho sancionado por los mismos. En efecto; si con arreglo á la ley puede un tercero pagar por el deudor, no hay razón alguna para impedir que en vez de hacer el pago á su vencimiento, se obligue desde luego á realizarlo para cuando sea exigible la deuda. Por eso, aunque el carácter accesorio y subsidiario de la fianza parece indicar que el fiador sólo está obligado al pago á falta del fiado, puede establecerse, sin embargo, la modalidad indicada comprometiéndose á satisfacer aquél en concepto de principal deudor la deuda asegurada por el mismo.

La dificultad estriba en distinguir bien si la obligación contraída por el tercero es á título de principal deudor, ó tan sólo en concepto de fiador, pues en uno ú otro caso distintos serán los efectos jurídicos de la obligación contraída.

Como dice Laurent (1), la cuestión es muy difícil de decidir; pero al fin no es más que una dificultad de hecho, cuya solución depende de la intención de las partes. Hay, pues, que atender á los términos del contrato y á los actos del tercero, que demuestren cuál fué su voluntad ó su intención al obligarse, para deducir las consecuencias jurídicas de la obligación contraída por el mismo.

La diferencia en uno y otro caso es bien grande, pues si se obliga en concepto de principal deudor, no gozará de ninguno de los derechos y de los beneficios concedidos al fiador, y, por lo tanto, no podrá alegar en dicho caso el de división y excusión, sino que desde luego podrá reclamarse del mismo el pago de la deuda sin necesidad de dirigir antes la reclamación contra el primer obligado.

La jurisprudencia francesa nos ofrece varios casos en que ha tenido que ser resuelta por los Tribunales la cuestión relati-

(1) Obra y volumen ya citados, pág. 127, núm. 119.

va al concepto de la obligación contraída por el fiador, para determinar si lo fué como principal deudor ó meramente como fiador, en vista de las dudas surgidas por los términos oscuros ó defectuosos en que el contrato fué constituído (2); por eso no nos cansaremos de recomendar el mayor cuidado en la redacción del contrato ó en la expresión de la voluntad por parte del fiador para que resulte clara y patente la intención del mismo, á fin de evitar dudas y cuestiones acerca de este punto esencialísimo, para la determinación de los efectos de la fianza en este supuesto que examinamos, pues como ha dicho un autor, la mala redacción de los contratos, ó la defectuosa expresión de la voluntad en todos los actos jurídicos correspondientes, es la causa de todos los litigios á que da lugar la interpretación de las convenciones.

Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado también en sentencia de 29 de Diciembre de 1898 «que por consistir la fianza en la obligación de cumplir los compromisos contraídos por un tercero para el caso de no hacerlo éste, cabe que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal *sin perder por ello el contrato su naturaleza propia*». Por lo tanto, si de los términos del contrato ó de la expresión de la voluntad del tercero resulta que su intención no fué convertirse en un mero deudor principal, sino constituirse tan sólo en fiador, aunque obligándose solidariamente con éste, sin perder por ello su carácter de tal, podrá intentarse contra él la reclamación desde luego por efecto de dicha solidaridad sin hacer antes excusión de bienes del fiado; pero hecho el pago, tendrá todos los derechos inherentes al fiador, y no estará sujeto á las limitaciones propias del codeudor solidario.

Ampliando la doctrina expuesta, ha dicho el mismo Tribunal, que si bien es requisito indispensable en la fianza la concurrencia de una tercera persona ó de un tercer obligado, no es pre-

---

(2) V. Pont, tomo 2.°, pág. 7, núm. 13. Troplong, *Du cautionnement*, número 34. Dalloz, 1852, I, 102.

ciso que antes se agote el procedimiento contra el principal obligado para que nazca la obligación del fiador, pues aunque subsidiaria, puede ésta surtir los efectos de la principal, sin que por eso deje de tener el carácter de fiador.

De aquí la distinción entre el codeudor solidario y el fiador que se obliga solidariamente con el fiador, cuya diferencia interesa en extremo tener en cuenta para resolver con acierto, y conforme á justicia, respecto de las consecuencias jurídicas en uno y otro caso. Esa diferencia depende de que siendo la fianza una obligación accesoria, no puede asumir todos los caracteres de la obligación principal.

Así lo dice Ricci (1), quien demostrando dicha afirmación, expone lo siguiente: dos que tienen un interés común, toman una suma á mutuo, de la cual se declaran deudores solidarios, y tratándose de una suma tomada para un interés común, la deuda se divide entre los deudores, de modo que cada uno de ellos, por virtud de la obligación solidaria se obliga para con el acreedor, no sólo por la parte que le corresponde, sino también por la concerniente al codeudor. Expuesto así el caso, pregunta; ¿el deudor solidario será considerado como fiador respecto de la parte del débito que corresponde al codeudor? Y contesta negativamente, conforme con la doctrina establecida por el art. 1129 del Código civil italiano, porque la fianza es una obligación accesoria de otra principal existente por sí que surje independientemente de la intervención del fiador y tiene vida propia, lo cual no sucede en la contraída por el fiador, pues ésta no tiene vida por sí, ni puede existir sin la obligación principal garantida por la misma.

Siendo, pues, distinta la situación en derecho, ó dentro del orden jurídico, del deudor solidario y la del fiador que se obliga solidariamente con el deudor, diversas han de ser las consecuencias ó los efectos de la obligación contraída por uno y otro; y así es en efecto, pues el fiador en dicho caso, fuera de la responsa-

(1) Obra y volumen citados anteriormente, pág. 522, núm. 319, pliego 3.°

bilidad que contrae de pagar la deuda antes de que se haya hecho excusión de bienes del principal obligado y sin necesidad de entablar reclamación alguna contra éste, conserva todos los demás derechos y todas las demás acciones y beneficios que le corresponden por razón de la fianza, mientras que el codeudor principal no tiene otros derechos que aquellos que se le reconocen en la Sección 4.ª del capítulo 3.°, tít. 1.° del libro 4.° del Código. Por lo tanto, el codeudor que hubiere hecho el pago de la totalidad de la deuda por haber entablado su reclamación sólo contra él el acreedor, en uso del derecho que concede el artículo 1144, sólo podrá exigir de sus codeudores la parte que á cada uno de ellos corresponda en el débito, con más los intereses del anticipo hecho, mientras que el fiador obligado solidariamente con el principal deudor después de hecho el pago, en el caso de habérsele reclamado en primer término, puede repetir contra el fiado por la totalidad de lo que hubiere satisfecho por él. Es decir, que la obligación solidariamente contraída con el principal deudor no limita en lo más mínimo las acciones que le corresponderían si se hubiese constituído la fianza sin ese compromiso ó sin esa obligación.

En casi todos los Códigos extranjeros es objeto de dos ó más artículos el precepto contenido en el 1822 del nuestro, como veremos al exponer las concordancias que con aquéllos tiene; pero con la agrupación hecha se ha facilitado su inteligencia y se ha aumentado su claridad, evitando las referencias que en otro caso habría de hacer para el debido conocimiento de sus prescripciones.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1899, declara que el endoso en un pagaré produce los efectos propios del acto según la legislación mercantil, no constituyendo una fianza ordinaria, ni siendo aplicables los arts. 1822 y siguientes del Código civil.

A su vez, la sentencia citada antes en este comentario, de 29 de Diciembre de 1898, resuelve, que tratándose de actos mercantiles, la fianza que en ellos interviene, tiene como accesoria

el mismo carácter, por lo que en Cataluña no cabe aplicar á dicha fianza las leyes civiles peculiares de aquella región, ó el Senado consulto Veleyano si afianza una mujer casada, sino el Código de Comercio, y como derecho supletorio el Código civil.

III. *Concordancias.*—El artículo que examinamos concuerda con el 2011 y 2021 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 818 del de Portugal, con los 1346 y 1347 del de Austria, con el 1493 y 1503 del de Vaud, con el 304 y 314 del de la Luisiana, con el 2218 y 2229 del de Guatemala, con el 2208 y 2209 del de Veracruz-Llave, con el 1986 y 2004 del de la República Argentina, con el 1898 y 1907 del de Italia, con el 2034 del de Bolivia, con el 1868 del de Holanda, con el 2063 del del Uruguay, con el 2335 del de Chile, con el 1813 de los de Méjico y Campeche y con el 1700 del de la Baja California.

En los Códigos anteriores á la unificación de las legislaciones italiana y alemana se encuentran también preceptos análogos en el art. 2044 del sardo, en el 1883 del napolitano, en el 200 del prusiano y en el 2.° del capítulo 10, libro 4.°, del bávaro.

El vigente Código civil del Imperio germánico, á su vez, define también el contrato de fianza en términos análogos al nuestro, diciendo que, por él «se obliga al fiador para con el acreedor de un tercero á responder del cumplimiento de la obligación contraída por éste»; dentro de cuya definición se comprenden todos los elementos esenciales que, según hemos dicho, determinan la naturaleza jurídica propia de la fianza.

El Código austriaco, en los dos artículos que hemos citado, no sólo define la fianza y determina su especial carácter, sino que además establece la exacta distinción entre el codeudor solidario y el fiador. En efecto; en el primero de dichos artículos, ó sea en el 1346, se dice: «el que se obliga á satisfacer al acreedor en el caso en que el deudor principal no cumpla su obligación, se llama fiador, y el contrato hecho entre éste y el acreedor se llama contrato de fianza. El primer deudor en este caso sigue siendo siempre deudor principal, y el fiador sólo es deudor subsidiario»; con cuyos términos queda perfectamente esclarecida la cualidad

subsidiaria de la obligación contraída por el que presta la fianza. Y además, en el 1347 se dispone que «si alguno, sin la condición ó beneficio de los fiadores, acepta la obligación de otro como codeudor, se tendrá una unión de varios codeudores, cuyos efectos legales deberán determinarse de conformidad con cuanto queda prescrito en el capítulo sobre los contratos en general», lo cual impide la confusión entre la condición jurídica del fiador y del codeudor.

En dicha legislación llama la atención la claridad y amplitud con que se halla precisada la capacidad legal para la celebración del contrato de fianza, pues según el art. 1349 puede contraer dicha obligación cualquier persona, sin distinción de sexo, siempre que tenga la libre administración de sus bienes.

Mayor precisión aún se observa en el Código de Méjico, cuyo art. 1813 define este contrato en los siguientes concisos términos: «Fianza es la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace»; y en el 1816 se fija la capacidad legal para contraer dicha obligación, diciendo: «Pueden ser fiadores todos los que pueden contratar.» Sin embargo, según el art. 1817, las mujeres (sin distinción de estado), sólo pueden ser fiadoras en los casos siguientes: 1.°, cuando fueren comerciantes; 2.°, si hubieren procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con perjuicio del acreedor; 3.°, si hubieren recibido del deudor la cosa ó cantidad sobre que recae la fianza, y 4.°, si se obligaron por cosa que les pertenece, ó en favor de sus ascendientes, de sus descendientes ó de su cónyuge. Cuyas prescripciones están conformes con las que establece la legislación portuguesa, expuestas en el cuerpo de este comentario, al indicar las excepciones admitidas por la misma al principio de la incapacidad de la mujer para ser fiadora según que fuera ó no comerciante, y, por lo tanto, son aplicables á aquélla los mismos fundamentos que dijimos autorizaban dichas excepciones.

El artículo que examinamos, tiene su precedente en la ley primera, título 12 de la Partida 5.ª, y el proyecto de Código de 1851 estableció análogo precepto en su art. 1733.

ARTÍCULO 1823

La fianza puede ser convencional, legal ó judicial, gratuíta ó á título oneroso.

Puede también constituirse, no sólo á favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste.

I. *Clasificación de la fianza.*—Después de exponer el Código en el artículo anterior el concepto de la fianza con relación á la naturaleza jurídica de la misma, así como las consecuencias que produce la circunstancia ó modalidad especial de obligarse el fiador solidariamente con el deudor principal, ocúpase en el presente de la clasificación de la fianza, determinando las diferentes clases en que puede dividirse ó las distintas formas que la misma puede adoptar, á fin de deducir los efectos que deben producirse por cada una de ellas.

La fianza, en efecto, puede clasificarse:

1.° Por razón de la causa á que deba su origen.

2.° Por razón de las condiciones con que se preste.

3.° Por razón de las personas cuya solvabilidad se garantice; y

4.° Por razón de la extensión con que fuere constituída.

En cuanto al primero de dichos conceptos, como la fianza tiene su origen en una ó en varias voluntades concordadas que la establecen, ó en la ley, que en determinados casos exige la prestación de esa garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ó en alguna decisión judicial que ordene este requisito, según los preceptos de las leyes procesales fácilmente se comprende que, por razón de su origen, la fianza puede ser:

a) Convencional.

b) Legal.

c) Judicial.

Por las condiciones con que se presta la fianza es:

a) Gratuíta.

b) Onerosa.

Por razón de las personas fiadas ó en cuya garantía se constituya, divídese la fianza, según algunos autores, en:

a) Simple.

b) Doble.

Y, por último, por su extensión puede ser:

a) Definida ó simple.

b) Indefinida.

De cada una de dichas clases de fianzas nos ocuparemos por separado, para proceder después con la debida claridad á la determinación de sus respectivos efectos.

a) *Fianza convencional.*—Esta es la constituída espontáneamente por el fiador como producto única y exclusivamente de la voluntad ó de la convención de las partes.

Como más adelante expondremos, sin necesidad del fiado, y aun contra la voluntad de éste, puede ser constituída dicha fianza, pues si la ley autoriza á un extraño para pagar por el principal deudor, aun sin el conocimiento de éste (art. 1158 del Código), no hay razón alguna para prohibir que dicho tercero se obligue al cumplimiento de la obligación contraída por el principal deudor, que es el objeto y fin de la fianza. Pero la aceptación de esa responsabilidad por parte del tercero requiere la conformidad del acreedor en cuyo interés se establece, por más que también redunda en beneficio del deudor en cierto modo, y he aquí iniciada ya la razón del contrato de fianza, el cual es consensual, y, como tal, depende del consentimiento de ambas partes, ó sea, cuando menos, del fiador y del acreedor. En los casos en que la fianza no sea gratuíta, será preciso también el consentimiento del deudor principal para la debida aceptación de las responsabilidades que contrae éste para con el fiador.

Todos los autores están conformes en que la *convención*, la *ley* ó el *decreto judicial* son las tres fuentes de que nace la obligación de fianza, constituyendo por eso el fundamento de la primordial

clasificación ó división que hemos hecho de sus diferentes clases. Pero de la fianza legal nos hemos ocupado ya al tratar de los diversos casos en que la misma puede tener lugar, como sucede, por ejemplo, en la tutela, en el usufructo, en los bienes sujetos á reserva y otros.

Á su vez, la judicial es materia propia del derecho procesal, no teniendo el Código disposición especial respecto á la esencia de ella, y, por lo tanto, las prescripciones del presente título se refieren en su totalidad á la fianza personal convencional, y, en su virtud, á ésta únicamente hemos de contraernos en el comentario de los artículos siguientes, consagrados á la ordenación ó régimen legal de la fianza en cuanto á su forma y efectos.

Debiendo su origen la fianza convencional á la voluntad de las partes, y constituyendo uno de los contratos admitidos en derecho, si bien especial por la limitación de su objeto, requiere para su validez y eficacia la concurrencia de los tres requisitos esenciales que para la existencia de todos ellos en general exige el artículo 1261. Por lo tanto, cuanto hemos dicho al exponer la teoría general de la contratación acerca del consentimiento, del objeto ó materia de la convención contractual y de la causa de la obligación contraída en ella, tiene perfecta aplicación al contrato de fianza, y habrá de tenerse en cuenta para apreciar la validez del contrato celebrado para garantizar la obligación principal asegurada por dicho medio.

La razón de ello es obvia, pues siendo la fianza un verdadero contrato, según dijimos al exponer la naturaleza jurídica de la misma, necesariamente ha de ajustarse á las reglas generales que rigen y regulan la validez de todos ellos.

Según dice Ricci (1), la fianza *toma* vida jurídica desde el instante mismo en que el acreedor acepta la promesa del fiador de cumplir la obligación afianzada en el caso de que no lo haga el deudor. Antes de este instante, no existe más que la promesa de una sola parte no aceptada todavía por la otra. De aquí, que

(1) Obra y volumen antes citados; pág. 524, núm. 321.

el vínculo jurídico no ha surgido aún, y faltando dicho vínculo puede ser retirada la promesa por el que la hizo. Pero una vez aceptada por el acreedor la promesa hecha por el fiador, cuando todavía no hubiere sido retirada por el mismo, tiene lugar el *encuentro*, el concurso, de los dos consentimientos, de los cuales se deriva el vínculo jurídico que obliga al fiador para con el acreedor, y por lo tanto, desde ese instante, la obligación del fiador existe legalmente, y la promesa aceptada no puede jamás ser retirada. Así lo declaró también la casación de Nápoles en 11 de Marzo de 1876 (1).

Es, pues, indispensable, cuando menos para la existencia de la fianza, el consentimiento del fiador y del acreedor; pero entiéndase bien que, como indicaremos al comentar el art. 1827, no es necesario que ese consentimiento se eleve siempre á escritura pública (aunque ésta sea la forma más común y frecuente de constituir la fianza), sino que basta que sea expreso y que su expresión resulte en cualquier forma admisible en derecho, porque según han dicho Ricci y la jurisprudencia italiana, desde el momento mismo del *encuentro* ó de la concurrencia de los dos consentimientos indicados, y sin necesidad de ningún otro requisito, surge el vínculo jurídico que une al fiador con el acreedor y *existe legalmente* la fianza, debiendo producir la misma todos sus naturales efectos.

b) *Fianza legal*.—Al exponer el motivo ó la razón jurídica de la clasificación hecha de la fianza por el concepto de la causa de su origen, dijimos que el fiador, á más de prestar la fianza por su espontánea voluntad, podía verse obligado á hacerlo, bien por precepto expreso de la ley ó por acuerdo judicial, y ocupándonos ahora del primero de dichos casos, podemos definir la fianza legal, diciendo que es aquélla que se presta en virtud de un precepto de la ley.

La división hecha por el concepto indicado no es de pura teoría, sino que, por el contrario, se funda en los resultados

(1) Racc. XXVIII, I, 639.

prácticos de la fianza; pues, como veremos al estudiar las disposiciones del capítulo 4.º de este título, producen ó pueden producir efectos especiales, distintos de los de la fianza convencional, la impuesta por la ley ó por decreto judicial.

En cuanto á la legal no ofrece dificultad alguna su inteligencia, y justificada está la existencia y admisión de la misma, por la necesidad sentida por el legislador, de imponer en ciertos casos la constitución de fianza, para asegurar el cumplimiento de especiales obligaciones. Ninguna razón jurídica existe para impedirla, y por el contrario, resulta de una innegable conveniencia su constitución para garantir la efectividad de determinados derechos.

Pero deben tenerse muy en cuenta, respecto de la fianza legal, dos principios que constituyen la base esencial de la doctrina en la materia. Esos principios, son:

1.º Que es preciso que exista una disposición expresa y especial que ordene la prestación de fianza para que exista dicha fianza, ó para que se estime impuesta ésta por virtud de la ley; y

2.º Que todas las disposiciones que prescriben la obligación de prestar fianza son de interpretación estricta.

Esto no es más que la consecuencia de una regla general que ya hemos expuesto al tratar de las obligaciones en general y de su origen. En efecto; según ella no puede haber obligación legal sin ley que la imponga, ó de que se derive, y es sabido que por vía de interpretación no pueden extenderse las obligaciones legales, ni aun por razón de analogía, á otros casos distintos de los expresamente designados en la disposición de que traen origen, porque, como ha dicho Laurent (1), «el extender una obligación que sólo el legislador tiene derecho á imponer *sería hacer la ley*»; y así debe estimarse con razón; pues en realidad, el ampliar las prescripciones de una ley á otros casos distintos de los tenidos en cuenta por el legislador al establecer su precepto, equivale á subrogarse en las facultades de aquél haciendo una

(1) Obra y tomo ya citados; núm. 181, pág. 194.

ley nueva comprensiva de los nuevos casos no incluidos en la citada disposición legal.

Importa por lo tanto, precisar bien, en qué casos puede existir la fianza legal para no incurrir en el error de ampliar ésta á otros no autorizados por la ley. Esos casos son poco numerosos, y se hallan establecidos, unos por la legislación civil, y otros por la procesal. Haciendo caso omiso de los que tienen su origen en el Código de Comercio, porque sólo nos ocupamos de la fianza en el orden civil, podremos citar, por vía de demostración, como casos en que la prestación de la fianza se halla impuesta por las leyes civiles, entre otros, la fianza que debe prestarse por el usufructuario, la que ha de darse para asegurar los bienes sujetos á reserva, la que ha de constituirse para garantir el cumplimiento de la condición impuesta en la institución y legado condicional, ó en seguridad de créditos hereditarios, y aun la que debe prestar el tutor no relevado de fianza para caucionar el buen resultado de su gestión, antes de que se le defiera el cargo, como previene el art. 252 de este Código; pues si bien la que ha de prestarse en dicho caso debe ser la hipotecaria ó la pignoraticia, según exige el art. 253, sin embargo, en el párrafo segundo de éste, se autoriza la admisión de la personal, de que nos ocupamos, cuando al tutor le fuera imposible constituir ninguna de las anteriores. Del mismo modo existen otros varios casos, que igualmente podrían mencionarse, cuya exposición omitimos en obsequio á la brevedad, ya que antes nos hemos referido á los comentarios hechos respecto de las disposiciones del Código que imponen dicha obligación.

La ley de Enjuiciamiento civil exige también la prestación de fianza en determinados casos, como, por ejemplo, en los siguientes:

1.º Para insistir el apelante en que se admita en ambos efectos la apelación interpuesta de autos y providencias que causen perjuicio irreparable en definitiva, cuando el recurso hubiere sido admitido en un solo efecto; en cuyo caso puede accederse á dicha reclamación, á condición de que el recurrente preste fianza

á satisfacción del Juez para responder de las costas, daños y perjuicios que con ello pueda ocasionarse al litigante ó litigantes contrarios (art. 385 de dicha ley).

2.° Para el arraigo del juicio si el demandante fuere extranjero, y en la nación á que pertenezca se exigiese dicha fianza á los españoles (art. 534).

3.° Para asegurar las resultas de su gestión los administradores de los abintestatos y testamentarías (arts. 967 y 1007, y regla 5.ª del 1069), y de los bienes embargados preventivamente (párrafo 2.° del art. 1409).

4.° Para decretar el embargo preventivo cuando no fuere ejecutivo el título presentado como fundamento para solicitar dicho embargo, y el que lo pidiere no tuviere responsabilidad conocida (art. 1402).

5.° Para solicitar el demandado en cualquier estado del juicio que se alce la intervención judicial decretada por vía de aseguramiento de los bienes litigiosos (art. 1423).

6.° Para llevar á efecto por la vía de apremio á instancia del ejecutante la sentencia de remate apelada por el ejecutado (artículo 1476).

7.° Para que pueda darse curso á las demandas de retracto cuando al interponerlas no pudiera consignarse el precio de la finca objeto del retracto por no ser conocido (núm. 2.° del artículo 1618).

8.° Para pedir en el interdicto de obra nueva el dueño de la obra objeto del mismo que se le autorice en su caso para continuar la ejecución de las obras, á fin de responder con dicha fianza de la demolición y de la indemnización de perjuicios si á ello fuere condenado (art. 1672).

9.° Para que pueda decretarse por la Audiencia correspondiente la ejecución de la sentencia contra la cual se hubiere interpuesto y admitido ó simplemente interpuesto ó preparado recurso de casación (art. 1786); y

10.° Para interponer recurso de casación por infracción de ley ó por quebrantamiento de forma (art. 1698), aunque en este

caso la fianza es más bien una garantía por parte del obligado, consistente en un depósito en metálico si no hubiere obtenido el beneficio de la defensa gratuita, ó en la caución juratoria del mismo, si hubiere sido declarado pobre para litigar, desapareciendo de esta garantía los caracteres esenciales del contrato de fianza.

En todos los demás casos, la que ha de prestarse ha de ser á satisfacción del Juez ó Tribunal, y por lo tanto, puede estimarse suficiente, y darse en su consecuencia, la fianza personal.

La ley de Enjuiciamiento criminal impone asimismo la fianza, ya para disfrutar el procesado la libertad provisional, ya para asegurar las responsabilidades pecuniarias de la causa, pudiendo ser la misma, no sólo hipotecaria y pignoraticia, sino también personal (art. 591 de dicha ley).

Las disposiciones administrativas exigen igualmente la prestación de fianza, unas veces para asegurar el desempeño de determinados cargos, y otras con distinto objeto; y en todos esos casos en que la fianza es constituída en virtud de precepto expreso de la ley, tiene la misma el concepto que hemos indicado, constituyendo la fianza denominada legal.

c) *Fianza judicial.*—Es judicial la fianza, cuando el Juez ó Tribunal que conoce, ó puede conocer, de un asunto ó contienda judicial impone á una de las partes interesadas la obligación de prestar fianza para garantir los derechos eventuales de la otra parte; pero no debe confundirse con ella la fianza ordenada por la autoridad judicial en virtud de precepto expreso de la ley ó en virtud de convención de las partes. En estos casos no existe fianza judicial, porque el Juez ó el Tribunal que la ordena no la impone por su propia autoridad ni nace de ésta la caución, sino del precepto de la ley que la establece ó del pacto en que se comprometió una de las partes á constituirla; y por lo tanto, al condenar la sentencia á prestarla al obligado á ello por la ley ó por la convención, no hace otra cosa que la declaración de derecho que es consecuencia de dicha obligación, conservando en su virtud la fianza su primitivo carácter como si no hubiese existido

la contención ó el juicio para la declaración citada, porque dicho juicio no altera la causa originaria de la fianza y ésta seguirá siendo legal ó convencional si se halla impuesta por la ley ó por el pacto, aunque para la declaración de la obligación de constituirla haya mediado acuerdo judicial.

Por lo tanto, para resolver acerca del verdadero y propio carácter de la fianza en los casos en que al parecer revista ambas cualidades por existir precepto expreso que la ordene ó convención que la establezca, y á la vez mandato judicial disponiendo llevarla á efecto, habrá que estar al origen de la misma, y será convencional ó legal si arranca de la voluntad ó de la ley la obligación de constituirla, y por el contrario, será judicial cuando emane del acuerdo del Juez ó Tribunal que la imponga independientemente de la voluntad de las partes ó de las disposiciones de la ley. Sin embargo, el Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 30 de Diciembre de 1896, que la fianza que los herederos deben dar á los acreedores de la herencia para privarles de su derecho á intervenir en los juicios universales de liquidación y partición de la misma es de carácter judicial, porque además de producir sus efectos, dicha fianza, dentro del juicio universal citado, es evidente que sin la directa aceptación de la persona á cuyo favor se presta, no los produce sino mediante la providencia judicial y en virtud de ella, por consecuencia de lo que es visto que el fiador en tal caso no puede pedir excusión de bienes del deudor principal á tenor de lo dispuesto en el artículo 1856 de este Código.

d) *Fianza gratuíta.*—Al estabecer la clasificación de la fianza por razón de las condiciones con que fuera prestada, dijimos que podía ser gratuíta y onerosa según que se haya prestado á título gratuito ú oneroso.

Algunos autores entienden, que éstas, más bien que clases distintas de la fianza, son verdaderas estipulaciones ó modalidades que pueden establecerse en la *convencional,* dependientes de la causa en virtud de la que se decida el fiador á garantizar la obligación principal contraída por el fiado.

No hemos de entrar en esa discución, pues sólo tiene un interés puramente teórico que en nada puede afectar á las consecuencias ó efectos jurídicos de cada una de dichas fianzas, los cuales seguirán siendo los mismos, ya se les considere como clases distintas ó como modalidades especiales de la fianza convencional.

Con esta clasificación se relaciona la cuestión debatida extensamente por los tratadistas y anunciada ya por nosotros acerca de la gratuidad de la fianza. Como tenemos indicado, este contrato es por su naturaleza gratuíto, pero la gratuidad no es esencial en él. Así es que la fianza sigue siendo tal aun cuando el fiador haya estipulado una retribución en recompensa del servicio que presta al deudor ó en correlación al riesgo que corre.

Sin embargo, no todos los autores están conformes con esta opinión, que sustentamos de acuerdo con Ricci y algunos otros. Por el contrario, varios entienden que el contrato de fianza es siempre un acto de beneficencia, de amistad, como el mandato y el depósito, y esencialmente gratuíto, porque ni el acreedor recibe por dicho acto nada más que aquello que le era debido, ni el fiador, por lo tanto, debe percibir más que aquello que anticipó, ó sea el reembolso de lo satisfecho por el principal deudor, constituyendo la fianza simplemente un beneficio concedido á éste, pues sin ella no hubiera obtenido lo que obtuvo, sin que pueda estimarse como una liberalidad con relación al acreedor puesto que no percibía por ella nada, y sólo constituye la fianza para él una seguridad sin la cual no hubiera contratado.

Y hasta tal punto estiman esencial la gratuidad en la fianza, que consideran que se cambia el carácter de dicho contrato dándose origen á otro distinto cuando se pacta un interés ó una indemnización en favor del fiador.

En apoyo de esta opinión dicen: si la indemnización ó remuneración estipulada es concedida al fiador como compensación del riesgo que corre de no reintegrarse de lo anticipado por él, entonces el contrato celebrado reviste los caracteres de un verdadero contrato de seguros y es, por lo tanto, una convención

aleatoria; y si, por el contrario, es otorgada en pago del servicio que presta, se convierte en un contrato de comisión en el que el fiador ó comisionista es un intermediario entre las dos partes, el cual garantiza la solvabilidad del deudor.

No deja de tener importancia esta cuestión, pues de que sea la fianza un contrato esencialmente gratuíto ó no, dependerá el que tenga derecho á reclamar retribución alguna en el caso de que no se hubiera estipulado, pues en el primer supuesto sólo tendría acción para ello si expresamente se hubiere pactado la retribución correspondiente, cualquiera que fuese la causa en cuya virtud se estipulase. Además, si constituye una liberalidad la fianza, como dicen los que sostienen que es un contrato de pura beneficencia ó amistad, surgirá desde luego el efecto de si está ó no sometida á reducción y á las demás limitaciones propias de todas las liberalidades.

Otro interés tenía en nuestro antiguo derecho la cuestión relativa á si la fianza era un acto á título gratuíto ó á título oneroso, pues según la solución que se diera habría ó no lugar á la acción *pauliana*.

En la actualidad, y con aplicación á nuestro derecho positivo, dicha cuestión carece ya de aplicación ó de oportunidad, puesto que el Código civil, en el primer párrafo de su art. 1823, terminantemente establece que la fianza puede ser gratuíta ó á título oneroso, con lo que queda demostrado que la gratuidad no es condición esencial de este contrato. Es, sí, por su naturaleza gratuíto, pero esa gratuidad no es de esencia en la fianza. Lo ordinario es que no medie precio y que constituya un acto de beneficencia; pero, como al fin y al cabo puede haber un riesgo, si no seguro, eventual ó probable al menos para el fiador, el de no poder en su día reintegrarse de los anticipos hechos por el fiador en favor del fiado, no hay inconveniente en que se pacte un interés que sirva de precio compensador del riesgo que pueda sufrir ó de recompensa remuneradora del servicio prestado.

Pero esta es la excepción, y la forma general es la gratuíta, la cual se halla más conforme que la remunerada con la natura-

leza de dicho contrato, pues de admitirse *como esencial en él,* la intervención de precio llegaría á desnaturalizarse su verdadero carácter. En su virtud, siendo por su naturaleza gratuíta la fianza, desde luego se comprende que sólo hay derecho para exigir remuneración en el caso de que expresamente se hubiere estipulado.

Algún Código extranjero ha fijado el interés que pudiera pactarse en relación con la cantidad afianzada en los préstamos; pero según nuestra legislación no existe limitación alguna, pudiendo estipular las partes libremente el que tengan por conveniente.

Desde luego se comprende que estas modalidades, y lo mismo las anteriores, no afectan á la esencia de la obligación de fianza, la cual sigue siendo la misma y surtiendo los mismos efectos en uno y otro caso. Por lo tanto, tratándose de la fianza onerosa el incumplimiento por parte del fiado de la obligación contraída respecto del pago del interés pactado, no puede afectar ni perjudicar á las relaciones jurídicas entre el fiador y el acreedor.

e) *Fianza onerosa.*—Es aquella en que el fiador contrae la obligación de responder del cumplimiento de la contraída por el deudor principal en defecto de éste, mediante cierto precio ó remuneración.

En las indicaciones que preceden hemos expuesto las necesarias para la debida inteligencia de su concepto y para el exacto juicio de sus efectos.

No hay razón alguna jurídica que impida estipular ese interés ó recompensa, ya por vía de remuneración del servicio prestado, ya como compensación del riesgo que puede correrse; y no habiendo para ello impedimento legal de ningún género, debe autorizarlo el Código, y aunque expresamente no lo autorizara habría que admitirlo por el conocido principio de que lo que no está vedado por la ley debe entenderse permitido por la misma. Pero como los tratadistas é intérpretes del derecho venían discutiendo, más en el extranjero que en nuestro país, sobre la gratui-

dad esencial de la fianza, para evitar todo género de dudas acerca de ello, se estableció, como precepto expreso, la posibilidad de la retribución, siguiendo el mismo criterio adoptado respecto del mandato y del depósito. He aquí el fundamento racional y la razón jurídica de esta declaracióu del artículo que comentamos.

f) *Fianza simple.*—Llámase así, entre los tratadistas, á la que es constituída sólo para garantizar la solvabilidad del principal deudor, ó sea el cumplimiento de la obligación contraída por el mismo. Esta es la más común y frecuente; y se le da dicho nombre en contraposición á la *fianza doble* ó *subfianza*, que como más adelante expondremos, es la que se constituye para seguridad de una fianza anterior.

Como los efectos jurídicos en uno y otro caso tienen que ser distintos, los autores han establecido esta clasificación por razón de las personas cuya solvabilidad se garantiza, ó, mejor y más propiamente dicho, por razón del carácter distinto y de la diversa naturaleza de la obligación asegurada con la fianza. En la *simple* se garantiza el cumplimiento de una obligación principal, de la cual es accesoria la fianza prestada; y en la *doble* el de una obligación accesoria y subsidiaria anteriormente constituída, dependiente de otra principal, de cuya validez y eficacia depende la asegurada por dicha fianza.

Siendo la fianza *simple* la forma común y corriente de este contrato, á él tienen aplicación todas las prescripciones que le regulan en cuanto no afecten á una modalidad especial del mismo, y, por lo tanto, al comentario de dichas prescripciones nos remitimos sin necesidad de exponer ninguna nueva consideración, pues ni su inteligencia lo requiere para el debido concepto de la misma, ni haríamos con ello otra cosa que repetir la doctrina que en su lugar hemos de ir oportunamente consignando en el sucesivo estudio de los artículos del presente título.

g) *Fianza doble.*—Al ocuparnos de la fianza *simple* hemos dicho ya lo que debe entenderse por la *doble*. Esta, en efecto, es aquella en que el fiador se obliga á responder del cumplimiento de una garantía anterior. La solvabilidad que con ella se ase-

gura no es la del principal deudor, sino la del fiador, y por lo tanto, para que pueda reclamarse contra el que presta dicha fianza, es preciso que el primer obligado no cumpla la obligación contraída por él, ni tampoco el primer fiador. Es, pues, una verdadera *subfianza*, y por eso dicen los autores que el subfiador, ó sea el fiador de un fiador anterior, tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que éste, si bien subsidiariamente. Así lo confirma también el art. 1836 al establecer que el subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal, y el 1846 al exponer la responsabilidad que contrae para con los demás cofiadores principales, en el caso de ser más de uno, pues en dichos preceptos se parte del incumplimiento de sus obligaciones por parte del fiador, cuya solvabilidad se garantiza con la subfianza, determinando así el carácter subsidiario de las responsabilidades del subfiador.

Están en desacuerdo los tratadistas, y también algunos Códigos, respecto del objeto, de la inteligencia y de la utilidad de esta segunda fianza. El Código austriaco, por ejemplo, dice que la subfianza se da para indemnizar al primer fiador de la pérdida que pueda experimentar por consecuencia de su fianza (1); es decir, que se constituye en beneficio del primer fiador; pero, por el contrario, el espíritu del art. 2014 del francés es distinto, pues, según él, la nueva fianza se contrae en beneficio del acreedor, porque «puede suceder que el acreedor no tenga por bastantemente abonado al primer fiador y exija otro para responder de su abono». En este sentido le han copiado casi todos los Códigos, y entre ellos el nuestro, al determinar las relaciones jurídicas que por consecuencia de la subfianza se establecen entre el acreedor y el subfiador, y especialmente así sucede en el Código portugués, en el que se llama abonador al fiador del fiador, admitiéndose en su art. 827 que una ó más personas respondan de la solvabilidad del primer fiador.

No se confunda la subfianza con la concurrencia de varios

(1) V. art. 1348.

fiadores. De ésta nos ocuparemos al examinar los arts. 1844 y siguientes.

h) Fianza definida ó limitada.—Dentro de los límites de la fianza, cabe el que ésta se concrete en todo ó en parte á la deuda ú obligación principal asegurada, ó que, por el contrario, se extienda no sólo á la totalidad de dicha obligación principal, sino también á todas las accesorias que son consecuencia de ella y aun á los gastos del juicio, en caso de incumplimiento, desde que hubiere sido requerido el fiador para el pago. Por eso, al establecer la diversa clasificación de la fianza, dijimos que por razón de su extensión podía ser definida ó indefinida.

La primera de ella es la que se encuentra en el primero de los casos citados, ó sea aquella en que la obligación contraída por el fiador se limita en todo ó en parte á la principal con exclusión de las accesorias. Llámasele más comunmente *simple*, pero para evitar que se la confunda con la fianza del mismo nombre, de la que nos hemos ocupado en la clasificación anterior, ó sea por razón de la persona cuya solvabilidad se garantiza, la distinguimos con la denominación de *definida* en contraposición á la *indefinida*, que es la que comprende dentro de su garantía la obligación principal y las accesorias inclusos los gastos del juicio.

Esa distinción tiene su interés dentro del orden jurídico por los distintos efectos que puede producir la fianza según sea una ú otra de dichas clases aquella á que pertenezca. Para esa distinción hay que tener en cuenta los términos de la fianza, puesto que éstos son los que han de determinar los límites de la voluntad de las partes, y especialmente la intención del obligado, cuya voluntad en este punto, como en todas las consecuencias jurídicas del contrato, ha de ser ley obligatoria para las partes.

Un principio tradicional existe, aplicable á todas las legislaciones, que puede servir de norma para la determinación de la extensión y alcance de la fianza en sus diversas manifestaciones y clases, y es que, según ha dicho Troplon (1), la fianza es de

(1) *Ducautionnement*, núms. 133 y 134.

estricta interpretación. De aquí la regla expuesta por Pothier y consagrada por el art. 2015 del Código francés y por algunas otras legislaciones: «no se puede extender la fianza más allá de los límites en que hubiere sido convenida».

Esos límites han de precisarlos los términos del contrato. Así es que cuando se dice que la fianza se contrae para garantir una cantidad determinada debida por el fiado, ó para asegurar el cumplimiento de cualquier otra cosa determinada también, que debe cumplir el principal deudor, ha de entenderse entonces que la obligación del fiador ó la fianza no se extiende más que á la suma ó á la cosa determinada expresada al constituirse la fianza; pero si, por el contrario, los términos del contrato son generales é indefinidos, la fianza se extiende á todas las obligaciones propias del principal deudor resultantes del contrato, del cual es accesoria. Con grandísima claridad y concisión lo ha expresado así el art. 2016 del Código francés, diciendo que «la caución indefinida de una obligación se extiende á todas las accesorias de la deuda». Es decir, que dichas obligaciones están comprendidas en este caso en la principal, *porque la fianza ha garantido ésta con todas sus consecuencias* (1).

La regla que hemos indicado no puede ofrecer duda alguna. Su razón jurídica es clara y fácilmente perceptible; pues, siendo la fianza un verdadero contrato, la obligación contraída por el fiador tiene que estar limitada y determinada por la convención, cuyos límites no pueden ser traspasados. Por eso, en caso de duda, debe estarse por el sentido más restrictivo, conforme con cuyo criterio ha resuelto esta cuestión el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Noviembre de 1900, estableciendo la doctrina de que por lo mismo que la fianza es una obligación especial que no se presume, según el art. 1827, es preciso que consten las que contrae el fiador ó los límites de la fianza, y si no constare, hay que interpretarla en sentido restrictivo. Y respecto de la fianza no remunerada se declara que, *siendo gratuíto el contrato,*

---

(1) V. Pothier, *Des obligations*, núm. 404.

ha de interpretarse cuando se ofrezca duda (acerca de su respectiva extensión ó límites) *por la menor transmisión de derechos, conforme á lo prevenido en el art. 1289 del Código civil, relacionado con el 441 del Código de Comercio.*

Pero, como dice muy bien Laurent (1), ese principio de la interpretación restrictiva de la fianza no debe entenderse en un sentido tan absoluto que el Juez ó Tribunal esté *ligado* por los términos del contrato sin que le sea permitido explicar ó deducir la voluntad y la obligación del fiador por la intención de las partes contratantes. Hay una regla general de hermenéutica legal que ha de dar la norma en este punto. Según ella, hay que buscar en las convenciones más lo que haya sido la común intención de los que las conciertan, que ajustarse al sentido literal de sus términos. Cuando los términos del contrato no sean la exacta y verdadera expresión de la voluntad de las partes, por defectuosa redacción ó por cualquier otro motivo, el Juez ó Tribunal que haya de decidir ó resolver la duda, debe interpretar el texto por el espíritu de la convención; y si, por el contrario, los términos son tan claros que no dejen lugar á duda alguna, no habrá lugar á interpretación, y entonces el sentido literal será la expresión exacta de la intención de las partes, no siendo permitido en dicho caso invocar el espíritu de la convención, muchas veces dudoso, contra un texto formal que hace conocer con certidumbre la intención y la voluntad de los contratantes.

Estas indicaciones bastan á nuestro propósito: los que deseen mayor ampliación pueden ver, en su lugar oportuno, cuanto tenemos dicho acerca de la interpretación de los contratos.

i) Fianza indefinida ó ilimitada.—Hemos dicho ya que ésta es la que asegura, no sólo la obligación principal, sino también todas las accesorias que son consecuencias de ella, inclusos los gastos del juicio en caso de incumplimiento. Entiéndase, sin embargo, que de dichos gastos no responderá el fiador, más que de los que se hubieren devengado después de haber sido requerido

(1) Obra y tomo ya citados, pág. 179, núm. 169.

éste para el pago, porque desde entonces todos los gastos que se originen dependen de su exclusiva voluntad, pues pudiendo hacer el pago para libertarse de esa responsabilidad, no lo hizo, produciéndose la misma por culpa del fiador.

La razón fundamental de la extensión de las obligaciones del fiador en la fianza indefinida, la hemos dicho ya, y consiste en que cuando en el contrato de fianza no se ha determinado de una manera expresa y clara que la obligación contraída por el fiador se limita á una cosa concreta, ó que la voluntad é intención de las partes fué reducir los efectos de la fianza á la obligación principal, en todo ó en parte, y, por el contrario, los términos del contrato son generales é indefinidos, se extiende éste no sólo á dicha obligación principal, sino á todas las accesorias que son propias del fiado, estando comprendidas éstas en la principal *porque la fianza ha garantido ésta con todas sus consecuencias*, según ha sostenido Pothier.

Al ocuparnos de la fianza limitada ó definida, hemos dicho ya cuanto debíamos exponer para la debida inteligencia de la indefinida, y á ello nos remitimos por no ser necesario insistir más sobre esto. La regla general, es que debe estimarse como indefinida toda aquella que no sea limitada ó definida. Por lo tanto, la apreciación ó el juicio respecto á si pertenece á una ú otra clase, es una cuestión de hecho que, en cada caso en particular, hay que deducir de los términos del contrato ó de la intención común de las partes manifestada en cualquiera otra forma apreciable.

Debemos hacer constar también que la fianza indefinida está sometida igualmente al principio de la interpretación restrictiva que domina en esta materia.

II. *Inteligencia del precepto consignado en el párrafo 2.º de este artículo.*—El artículo que examinamos, después de consignar en su párrafo primero, por vía de ejemplo, las distintas clases ó formas que puede revestir el contrato de fianza, ocúpase de otra cuestión de gran interés por sus consecuencias jurídicas, y que se relaciona también con el propio concepto jurídico de la fianza,

cual es, la de si es necesaria ó no la intervención del fiado para la válida y eficaz constitución de la misma.

La fianza es un contrato por virtud del cual el fiador se obliga respecto sólo del acreedor, y por lo tanto, el fiado, ó sea el deudor principal, puede ser completamente extraño á la relación de derecho creada entre aquéllos. Se deduce de ello como lógica consecuencia, que el fiador puede constituirse tal, y obligarse en favor del acreedor sin orden y hasta sin conocimiento del fiado.

En esto están conformes todos los Códigos extranjeros; pero en el nuestro se lleva aún más allá de dichos límites el principio consignado en las otras legislaciones, puesto que se admite la posibilidad de la prestación de fianza aun *contra* la voluntad del fiado, pues según preceptúa en su segundo párrafo el artículo que examinamos, puede constituirse la fianza y lo mismo la subfianza, *consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo* el fiado. Este es el espíritu de la disposición citada, por más que por un error de redacción, fácilmente perceptible y subsanable por el lector, pudiera haber quien creyera otra cosa, ateniéndose tan sólo al texto literal de dicho precepto.

Esa adición hecha en nuestro Código, admitiendo la constitución de la fianza *contra la voluntad y la prohibición del principal obligado,* parece á primera vista que está en contradicción con el espíritu que rige en materia de contratación y aun con las leyes 6.ª, párrafo 1.º, y 40, tít. 1.º, libro 17 del Digesto, y caso último de la ley 12, tít. 12 de la Partida 5.ª, que negaban al fiador en dicho caso el derecho de repetir contra el deudor por lo que hubiere tenido que satisfacer; pero dicho juicio desaparecerá seguramente, teniendo en cuenta el objeto y la razón jurídica que sirve de fundamento á la fianza.

En efecto; como no se presta en favor del deudor sino del acreedor (por más que de ella obtenga aquél un indudable beneficio, pues sin esa garantía no se hubiera concertado tal vez la obligación principal), desde luego se comprende que la fianza no puede depender del consentimiento del fiado, el cual es extraño

al vínculo jurídico creado por la misma; y en nada influye ni puede influir su oposición ó prohibición, porque no puede negarse al acreedor, ni menos impedirle el fiado, el derecho á tomar todas las seguridades posibles para la debida garantía de la realización y efectividad de la obligación contraída, y, además, porque la falta de intervención del principal deudor no es obstáculo para que un tercero pague ó se comprometa á cumplir por él la deuda ó la obligación contraída por éste, subrogándose en su lugar, en virtud de cuya subrogación legal el fiador paga debida y legítimamente por el deudor, en el caso de que éste no lo hiciere por sí al vencimiento de dicha obligación.

Siendo la fianza por su propia naturaleza un contrato de beneficencia, como opinan la generalidad de los autores, y teniendo por fin y objeto la garantía de la deuda ó de la obligación contraída por el principal deudor, no hay razón alguna que obste á que pueda ser admitido como fiador aquél que espontáneamente quiera obligarse en dicho concepto, ni es presumible tampoco que el deudor impugne ó resista la ventaja que con ello se le proporciona, pues sin esa garantía no hubiera contratado quizás el acreedor ó lo hubiera hecho en otras condiciones más onerosas para él. Por lo tanto, el acreedor puede aceptar como fiador al que voluntariamente se prestare á ello, sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor, y aunque éste lo ignore ó se oponga á ello, siendo la misma en uno y otro caso la razón de derecho que sirve de fundamento al precepto consignado en nuestro derecho, porque según queda indicado, no puede impedir el fiador al acreedor la adopción de todas las garantías posibles para la seguridad de su derecho.

Algún precedente respecto de ese derecho, frente á la oposición del principal deudor, se encuentra en nuestro antiguo derecho (1); pero aunque no existiera dicho precedente, no por eso dejaría de ser menos fundado el precepto adicionado por nuestro Código, porque su principal fundamento se halla en la propia naturaleza de la obligación contraída por el fiador.

(1) Ley 13, tít. 12 de la Partida 5.ª

Esa obligación de pagar ó cumplir la obligación principal en defecto del deudor la contrae el fiador únicamente respecto del acreedor; con el sólo consentimiento de éste se crea el vínculo jurídico que constituye la fianza, y siendo esto cierto, ¿qué necesidad hay de la intervención del deudor para que sea eficaz dicha obligación? ¿No basta para darle vida la conjunción de ambos consentimientos, el de aquel que se obliga y el de la persona en cuyo favor ó respecto de la cual se contrae la obligación? Pues si no es necesario el concurso del consentimiento del fiado, ni siquiera su conocimiento é intervención, en el mismo caso se encuentra su oposición ó contradicción que su ignorancia, y resulta plenamente justificada la disposición de nuestro Código.

Se dirá, quizás, que el principal deudor no es en realidad extraño al contrato de fianza ó no debe considerársele como tal, pues él queda sujeto también á las resultas y á los efectos del contrato. Cierto es, en verdad, que el fiado, por consecuencia de la fianza, queda obligado para con el fiador; pero, en realidad esa obligación es independiente de la convención celebrada y subsisten sin necesidad de su asentimiento á la fianza prestada, pues su responsabilidad no surge directamente del contrato, sino de un hecho posterior á su celebración, cual es el pago realizado por el fiador, y éste no hace más que subrogarse en las acciones que al acreedor competían en el vínculo jurídico en que fué parte el deudor. Y hasta tal punto es cierto esto, que, á pesar de la constitución de la fianza, puede no tener responsabilidad alguna el fiado si cumple puntualmente su obligación ó no llega el caso de tener que pagar el fiador. Por eso, porque él no contrae directa y personalmente ninguna obligación para con el fiador en el acto de la constitución de la fianza, aunque puede contraerla después por los actos consecutivos de la misma, no es jurídicamente necesaria su intervención ni preciso su consentimiento para la celebración de este contrato.

Cuanto llevamos dicho respecto de este particular, se refiere á la fianza *gratuíta,* pues en la *onerosa,* como desde luego contrae el fiado la obligación de satisfacer un interés ó una remunera-

ción determinada al fiador, es indispensable que conste de una manera expresa su consentimiento por lo que á dicha responsabilidad afecta, pues siendo el contrato de fianza gratuíto por su naturaleza, como ha dicho el Tribunal Supremo (1), de no constar en el contrato el pacto de su remuneración, habría de estimarse constituído sin derecho á retribución.

Réstanos ocuparnos de otra cuestión que sugiere el estudio de la disposición contenida en el párrafo 2.° de este artículo, con relación á la interpretación ó recta inteligencia de dicho precepto. En él se equipara la subfianza á la fianza, ó mejor dicho, se hace extensiva la disposición legal á una y otra; pero los términos de su redacción pueden suscitar dudas respecto de las personas cuyo consentimiento sea indispensable para la constitución de la obligación de subfianza y de aquellas cuya falta de asentimiento ó cuya oposición no puede impedir la eficacia de la misma, puesto que parece referirse en uno y otro caso al deudor principal, en cuya garantía se constituyó la primitiva fianza asegurada por la segunda.

Para resolver esta cuestión basta tener en cuenta la índole ó el carácter especial de la subfianza. El precepto, indicado literalmente, dice que puede constituirse la fianza, no sólo á favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste, es decir, el fiador, y nada indica respecto del primitivo deudor principal; pero como éste sigue siendo extraño á la relación jurídica creada por la subfianza, cual lo fué á la establecida en la primitiva fianza, es evidente que su falta de consentimiento, su ignorancia y aun su oposición, no podrá impedir que aquélla surta todos los efectos jurídicos que le son propios.

El primer fiador se encuentra en la subfianza, en el mismo caso que el principal deudor en la fianza asegurada por ella, y estando dicha subfianza constituída en beneficio del acreedor y no del fiador, no es necesario el consentimiento de éste para

(1) V. Sentencia de 16 de Noviembre de 1900.

la creación del nuevo vínculo jurídico, no pudiendo impedirlo, ni su ignorancia ni su contradicción. Esto es lo que ha dicho y ha querido decir nuestro Código.

Sin embargo, no todos los autores opinan del mismo modo. Ricci, sostiene que si bien la fianza del fiador es una nueva garantía que *accede* al crédito, esa accesión no es en beneficio del acreedor, sino de aquel que está obligado como fiador; ó en otros términos, que el fiador del fiador asume respecto de éste la obligación de relevarle de las responsabilidades en que puede incurrir por consecuencia de la fianza prestada. En su virtud, entiende que el acreedor y el principal deudor son extraños á esta nueva convención, la cual existe en fuerza del consentimiento del fiador y del subfiador. La consecuencia de ello es que siendo precisa la intervención del primer fiador para la eficacia de dicha convención, su falta de consentimiento, su ignorancia de la subfianza, ó su oposición, puede impedir ó hacer ineficaz el nuevo contrato ó la obligación contraída por el subfiador, que es precisamente lo contrario de lo establecido por nuestro Código.

III. *Concordancias.*—El artículo que examinamos concuerda con el 1814 y 1815 del Código de Méjico, el primero de los cuales es idéntico en su texto al párrafo 1.° del presente, y el segundo de dichos artículos dispone lo mismo que se establece en el párrafo 2.° de aquél, aunque con algunas variantes de redacción que en nada alteran la disposición de su precepto.

También concuerda sustancialmente el artículo que es objeto de este comentario con los siguientes: el 1701 y 1702 del Código de la Baja California, el 1210 del de Veracruz-Llave, el 2014 de los de Francia y Bélgica, el 1901 del de Italia, el 3007 del de la Luisiana, el 1860 del de Holanda, el 1496 del de Vaud, los 2063, 2064 y 2065 del del Uruguay, el 2235, en su párrafo 2.°, y 2236 del de Chile, el 1998 del de la República Argentina, el 821 y 827 del de Portugal, y con el 1348 del de Austria, si bien éste se limita á la fianza constituída en favor del primer fiador, á la cual se le denomina fianza de indemnización, por virtud de la que el que la contrae se obliga á indemnizar al fiador

en el caso de que éste experimente algún daño por consecuencia de su fianza, subrogándose, por lo tanto, en las obligaciones que para con él tiene el principal deudor.

El primer párrafo del presente artículo está tomado de las leyes 8.ª, párrafo 12, y la 27, párrafos 3.º y 4.º, tít. 1.º, libro 44 del Digesto, y el resto del mismo está conforme con lo dispuesto por las leyes 12 y 15 del tít. 12 de la Partida 5.ª, y además con la ley 6.ª, párrafos 1.º y 2.º, la 18 y 20, párrafo 1.º y la 40, todas del tít. 1.º, libro 17 del Digesto.

ARTÍCULO 1824

La fianza no puede existir sin una obligación válida.

Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada á virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad.

Exceptúase de la disposición del párrafo anterior el caso de préstamo hecho al hijo de familia.

I. *Fundamento jurídico de los preceptos contenidos en este artículo.*—Tres son las declaraciones hechas por el artículo objeto del presente comentario, las cuales corresponden á tres fines ú objetos distintos que conviene tener en cuenta para el exacto juicio de sus preceptos, pues en los diversos párrafos que le constituyen, se consigna en primer lugar una regla general aplicable á todas las fianzas y á todos los casos en que se preste dicha garantía, estableciéndose después de ello la excepción de dicha regla, ó más propiamente dicho los casos en que la misma no puede tener aplicación, y en último término, se reconoce por razones de moralidad fácilmente apreciables la necesaria excepción de dicha excepción, en cuyo caso de ningún modo podría prosperar ni surtir efecto alguno la fianza aunque llegara á prestarse.

De cada una de dichas declaraciones debemos ocuparnos por separado, aunque sea brevemente, pues la extensión que nece-

sariamente hemos tenido que dar al comentario de los artículos anteriores, nos obliga á ser más concisos en el presente, ya que la materia del mismo es tan conocida y conforme con los principios generales del derecho, que no requiere explicación detenida su inteligencia.

a) *Necesidad de una obligación principal válida para la existencia de la fianza.*—Con esta materia se relaciona la cuestión que tenemos indicada ya, al exponer el concepto jurídico de la fianza, relativa al objeto de la misma, ó sea á las obligaciones que pueden ser aseguradas por medio de la fianza; y á las consideraciones entonces expuestas debemos adicionar, por vía de ampliación, las demás que nos sugiere el examen especial de este artículo.

Siendo la fianza una obligación puramente accesoria, es condición indispensable para que ésta subsista que haya una obligación principal que pueda ser asegurada por la misma, porque lo accesorio no tiene vida propia é independiente, sino que necesita para existir con dicha cualidad de lo principal á que se contraiga, y á su vez, esa obligación, para ser eficaz y exigible, requiere que sea válida, es decir, que concurran en ella las circunstancias ó los requisitos exigidos por la ley para su validez, porque los actos nulos no pueden producir efecto jurídico alguno.

Esta es la razón y el fundamento de la disposición contenida en el primer párrafo del presente artículo, en el cual se consigna dicha doctrina en términos tan claros y precisos que no pueden ofrecer duda alguna, constituyendo la regla general, que, según hemos indicado, es aplicable á todas las fianzas, cualquiera que sea la clase á que pertenezcan.

No basta, pues, que haya una obligación principal para que pueda constituirse y existir legalmente la fianza, sino que es preciso, además, que dicha obligación sea *válida*. Así lo exigen los términos del presente artículo, de acuerdo con el 2012 del Código francés, con el 1899 del italiano y con casi todos los demás Códigos extranjeros. Pero á pesar de esa unanimidad de las legislaciones en cuanto al precepto indicado, ha reinado, y

aun reina, gran incertidumbre, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, acerca de lo que debe entenderse por obligación *válida*.

Esta cuestión, como desde luego se comprende, se relaciona con la teoría, siempre confusa y vaga, de la distinción entre las obligaciones *inexistentes* y las *nulas* ó *anulables*, admitida por los autores modernos y sancionada por la jurisprudencia extranjera. No es propio de esta ocasión el examen detenido de esta difícil materia, extensamente expuesta por Laurent en el estudio y comentario del título de las *Obligaciones;* pero no podemos menos de indicar, por vía de conclusión interesante, la distinción hecha entre obligaciones nulas de *pleno derecho* y las *simplemente nulas*.

Las primeras son aquellas que adolecen de un vicio sustancial y radical de nulidad, por cuyo motivo no pueden tener existencia legal ni surtir efecto alguno, y por eso se las llama comunmente obligaciones inexistentes; las segundas son las meramente *anulables*, pudiendo existir y surtir todos sus efectos hasta que haya sido impugnada su validez y declarada su nulidad. En las *nulas de pleno derecho*, como no pueden tener existencia legal y son nulas *per se* desde el momento mismo de contraerse, no hay necesidad de pedir judicialmente su nulidad ni depende de dicha declaración su validez y eficacia; por el contrario, en las *simplemente nulas*, como su eficacia depende de que se declare ó no la nulidad de las mismas, resulta que, aun siendo nulas, *pueden tener existencia jurídica* y surtir, por lo tanto, los efectos propios de ellas hasta que hayan sido anuladas por la autoridad competente, y de aquí que sea necesaria en ellas la reclamación ó impugnación judicial para que dejen de tener existencia.

Chabot cita, como ejemplo de las obligaciones *inexistentes*, las contrarias á las buenas costumbres y á las leyes, y afirma que éstas no pueden ser afianzadas, porque son nulas y no producen efecto jamás (1). Lahary reproduce la misma doctrina,

(1) V. *Rapport*, núm. 4 (Locré, t. 7.°, pág. 422).

casi en idénticos términos, diciendo: «Si la obligación está prohibida por la ley, ó es contraria á las buenas costumbres *ó al orden público* (cuyo caso había sido omitido por Chabot), la fianza no puede subsistir, lo mismo que dicha obligación, porque siendo ésta *nula de pleno derecho,* entraña necesariamente la nulidad de la caución» (1). Como se ve, los autores citados, en la exposición de las obligaciones *inexistentes* ó *nulas de pleno derecho,* se limitan á aquellas que tienen una causa ilícita (art. 1275 de este Código); pero conforme á la teoría de nuestro derecho vigente, hay que agregar á ellas en dicho concepto las que son nulas por falta de objeto válido, como las que versan sobre cosas que están fuera del comercio de los hombres, ó sobre cosas contrarias á las leyes y buenas costumbres, y las cosas ó servicios imposibles (arts. 1271 y 1272), y además las que no pueden tener existencia legal por falta de consentimiento eficaz (núm. 1.° del art. 1261), ó por defecto de las solemnidades debidas en los casos en que éstas se exigieren como requisito preciso para su existencia legal.

Haciendo aplicación á la fianza de los principios indicados, y teniendo presente, sobre todo, que el art. 1824 exige que la obligación que asegure dicha fianza, sea *válida,* la solución es fácil y sencilla. La fianza tiene por objeto el aseguramiento de una obligación valedera ó eficaz jurídicamente considerada, pues no puede concebirse que la intención del legislador al establecerla haya sido la de garantir el cumplimiento de un acto ó de una relación de derecho á los que no reconozca desde el principio, ó en algún tiempo, valor ni eficacia alguna. Por lo tanto, no pueden ser objeto ó materia de dicho aseguramiento las obligaciones *inexistentes*, ó sean las llamadas más propiamente *nulas de pleno derecho,* pues no teniendo existencia legal en momento alguno *no pueden surtir efecto jamás*, como decía Chabot. Y si son nulas en su origen, nula tiene que ser también la obligación de garantía constituída para su seguridad.

(1) V. *Discurs*, núm. 11 (Locré, t. 7.°, pág. 440).

Lo mismo sucede, aun cuando sus efectos no sean exactamente iguales, con las obligaciones que se denominan simplemente nulas ó anulables. En efecto, éstas encierran un vicio de nulidad y sólo ficticiamente pueden considerarse válidas. Realmente no lo son, hasta tanto que el transcurso del tiempo ú otra circunstancia convalide ó confirme la obligación. Por esto, la fianza de tales obligaciones, aunque puede nacer como nace la obligación misma, con un vicio de nulidad, no es, desde luego, inexistente, sigue la suerte del acto ó contrato principal que asegura, y puede adquirir validez al llegar á afirmarse como válida la obligación garantizada.

En opinión de Ricci, la intención del legislador, al exigir una obligación válida para la existencia de la fianza, ha sido establecer el principio de que la obligación accesoria de la fianza corra la misma suerte que la principal contraída por el deudor, y en su consecuencia, si ésta es *inexistente*, inexistente será también la otra; y si sólo fuera anulable la obligación principal, anulable será igualmente la accesoria de fianza.

Interesa tener muy en cuenta estos principios que hemos indicado para poder dar justa solución á las cuestiones que en la práctica suelen suscitarse. Las principales son las siguientes:

1.ª Transcurrido el término señalado por la ley para reclamar la nulidad de la obligación principal, ¿podrá el fiador eximirse de su responsabilidad para con el acreedor alegando que la fianza prestada por él es ineficaz por referirse á una obligación principal *atacada* de nulidad?

2.ª ¿Puede el fiador libertarse de su responsabilidad para con el acreedor, pidiendo la anulación de la obligación principal, invocando para ello los motivos ó las acciones que para ello tuviere el deudor?; y

3.ª En el caso de ser válida y existente legalmente la obligación principal garantida con la fianza, ¿puede pedirse por el fiador la nulidad de ésta, independientemente de aquélla, libertándose así de la obligación por él contraída?

En cuanto á la primera de dichas cuestiones, á nuestro juicio,

la contestación no puede menos de ser negativa, porque la nulidad de la obligación principal no excluye la fianza, aunque ésta sea igualmente anulable. La nulidad de la primera debe pedirse dentro del término establecido para ello, y de lo contrario, la nulidad se entiende purgada ó subsanada, y esta subsanación comprende, tanto la obligación principal como la accesoria, corriendo ambas la misma suerte. De esta opinión es también Ricci, y con arreglo á ella, prescrita ó caducada la acción para pedir la nulidad de la obligación principal, no puede dejar de producir la fianza sus naturales efectos.

Respecto de la segunda, los autores están conformes en que aprovechando al fiador la anulación de la obligación principal, porque dicha anulación hace cesar la fianza, debe admitírsele á hacer valer los motivos de nulidad de la obligación garantida para eximirse de este modo de la responsabilidad por él contraída. Sin embargo, teniendo en cuenta el precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo que examinamos, hay que distinguir según que la nulidad de la obligación principal sea reclamable por una excepción meramente personal del obligado, ó por una excepción no reservada especialmente al deudor. En el primero de dichos casos, y bajo la base de prestarse la fianza con pleno conocimiento de causa, ó sea, sabiendo el fiador el vicio de que adolece la obligación principal que garantiza, como la excepción es exclusiva del obligado, sólo éste puede pedir la declaración de nulidad ó la anulación de la obligación principal, y si no lo hiciere éste, la fianza surtirá todos sus efectos, como si fuera aquélla válida y eficaz, sin que pueda oponerse á ello el fiador; pero, si por el contrario, no es personal del deudor la excepción, entonces podrá el fiador reclamar, independientemente de éste, la nulidad de la obligación citada, como interesado que es en su subsistencia ó insubsistencia. Del mismo modo cuando el fiador desconocía al afianzar el vicio de la obligación principal, puede reclamar la nulidad de su fianza, aunque se trate de excepciones puramente personales ó exclusivas del obligado, porque su consentimiento, ó sea, el consentimiento del fiador,

resulta en tal caso viciado por el error, punto en que esta cuestión se enlaza con la que pasamos á examinar.

La tercera de las cuestiones citadas es de más fácil solución. La ley no prohibe, ni puede prohibir, que en el caso de haberse constituído una fianza por error, por violencia, por dolo ó por cualquier otra causa que anule el contrato celebrado, se reclame la nulidad del mismo; y no existiendo disposición expresa que lo impida, habrá de estarse á las reglas generales establecidas para todos los contratos. En su virtud, aunque la obligación principal sea válida y eficaz, será rescindible ó anulable la fianza si en su constitución concurriera alguna causa de rescisión ó nulidad.

Nuestro Código, con la claridad de su precepto en este punto, ha venido también á poner término á las controversias suscitadas entre los comentaristas acerca de si podían afianzarse ó no las obligaciones meramente civiles. Hemos dicho ya que Gregorio López entendía que sí, y que Gutiérrez tenía por insegura dicha opinión; pero no tenemos que entrar en este terreno, porque en la actualidad dicha cuestión carece ya de interés y de aplicación después de las prescripciones del Código vigente, y no puede suscitarse duda alguna sobre ello. Lo mismo decimos de la validez de la fianza constituída para asegurar deudas futuras, pues el art. 1825 la autoriza, pero reservando sus efectos hasta que dichas deudas fueren líquidas.

b) Excepción de la regla general antes consignada.—Hemos dicho, comentando el párrafo 1.º de este artículo, que en todo caso, para que exista la fianza, es preciso é indispensable que haya una obligación válida que pueda ser asegurada por la misma, entendiéndose por tal todas las admitidas en dicho concepto por la ley, incluso las civiles y meramente naturales y aun las futuras ó que no tengan existencia de presente. De aquí se deriva la consecuencia que constituye la regla general anterior de que las obligaciones válidas son las únicas que pueden ser garantidas legítimamente por medio de la fianza.

Sin embargo, hay casos en que por razones de moralidad,

derivadas de la naturaleza peculiar del contrato de fianza y del fin perseguido por el mismo, pueden ser aseguradas con ella obligaciones meramente naturales y civiles, y en general todas aquellas cuya nulidad puede ser reclamada ó eludido su cumplimiento, por virtud de una excepción puramente personal del obligado, y que por lo tanto, sólo pueda ser ejercitada por éste, como sucede con la de la minoridad, siempre que esa excepción no sea ejercitada previamente por la persona á quien corresponda.

Pero en dicho caso, la duración y efectos de la fianza constituída, ¿dependerá del ejercicio que de la citada excepción se haga después de la constitución? Indudablemente no. La demostración de este aserto es bien fácil y sencilla.

De lo dicho hasta aquí se deduce que será nula la fianza que recaiga sobre obligación que no sea válida, excepto si la nulidad de dicha obligación procediera únicamente de una incapacidad personal. Así lo declara con gran concisión y acierto el artículo 822 del Código portugués. Por lo tanto, no aprovechan á los fiadores las excepciones meramente personales que la ley pueda reconocer á favor del deudor, porque siendo exclusivas de éste no puede hacérseles extensivas á otras personas distintas, ni influyen para nada en la obligación contraída por el fiador, siempre que éste las conociese, afianzando con pleno conocimiento de causa, como hemos hecho notar anteriormente; pues de otro modo, la obligación accesoria fundada en el error, adolecería de un vicio en el consentimiento, por el que podría reclamarse su nulidad. Pero, entiéndase bien, el fiador, en tal caso, sólo podría pedir la nulidad de la fianza, no la de la obligación principal.

Por eso produce en dicho caso la fianza el efecto de obligar al que la presta, aunque el principal obligado alegue alguna de dichas excepciones y deje por tal motivo de cumplir la obligación contraída por el mismo, que es el caso á que se refiere la pregunta antes hecha y la cuestión planteada en la misma.

En ese caso se encuentran, no sólo la excepción por razón

de la menor edad, citada por vía de ejemplo, en el artículo que examinamos, sino en general todas aquellas que se dan por consideración á la persona, como sucede con las derivadas del beneficio de competencia, de la incapacidad del obligado, etc., etc. Como se ve, por el texto del segundo párrafo del art. 1824, no consta en él que el fiador haya de conocer la excepción puramente personal que puede alegar el principal obligado, pero, aparte de que eso es lo justo y racional, de que así se deduce del espíritu del precepto, y de que en tal sentido se aclara la regla en otros Códigos, debe tenerse presente en la interpretación una consideración importantísima: el derecho del fiador cuando consiente en afianzar por engaño ó por error, no arranca del artículo 1824, sino de otros artículos del Código, cuya aplicación y oportunidad son indiscutibles.

Ya el proyecto de Código de 1851 adoptó el mismo criterio en su art. 1753, que es literalmente igual al presente; pero con ello ha venido á modificarse nuestro antiguo derecho, pues la ley 19 del tít. 1.° del libro 10 de la Novísima Recopilación, declaraba nulas dichas fianzas.

c) *Casos en que no tiene lugar la excepción antes indicada.*—La excepción consignada en el párrafo segundo del artículo que examinamos, por la que se autoriza la prestación de fianza en garantía de obligaciones nulas, cuya nulidad sólo pueda ser reclamada por una excepción personal perteneciente al obligado, no tiene aplicación, por una razón de orden moral, tenida siempre en cuenta por todos los Códigos, á las deudas ú obligaciones contraídas por virtud de préstamos hechos á los hijos de familia.

Por consideraciones de moralidad muy atendibles, la ley siempre ha declarado nulas dichas obligaciones, y por lo tanto, la fianza que se prestare para asegurar su efectividad, sería nula, como nula es la obligación principal garantida por ella.

Esta disposición, que sancionada se hallaba, tanto en la legislación romana (1) como en el derecho patrio anterior al vigente

(1) V. Senado-consulto Macedoniano, y párrafo 7, título 7, libro 4.° de la Instituta.

cuerpo legal (1), se inspiraba en el recelo que una tristísima experiencia había hecho concebir en contra de dichas obligaciones; pues con los préstamos á los menores se daba ocasión á que se convirtiesen en deshonestos y viciosos, y hasta podía temerse que, cargados de deudas los hijos de familia, y agoviados por ellas, atentasen insidiosamente contra la vida de sus padres, ó cuando menos, deseasen su muerte para librarse por medio de la herencia de dichas cargas. Y con objeto de evitar estos males, se ordenó que el que prestase á algún hijo de familia que no hubiere sido emancipado, ya fuese varón, ya hembra, perdiese el derecho de reclamar, tanto del padre como del deudor, la cantidad prestada; y de la misma manera, y por idéntica razón, tampoco podía ser pedida á los fiadores.

A este fin responde también el precepto del párrafo 3.° del artículo objeto del presente comentario, en cuyo párrafo se ha reproducido la prohibición de nuestras antiguas leyes, estimándose nula é ineficaz la fianza constituída para garantizar los préstamos hechos á los hijos de familia. Pero los términos en que se halla redactado dicho precepto, dan lugar á dos cuestiones que aún no han sido resueltas por la doctrina ni por la jurisprudencia.

La primera de ellas surge de haberse omitido en el Código la determinación que se observa en las leyes que constituyen sus precedentes legales.

En efecto; tanto el Senado-consulto Macedoniano, de donde se derivan las disposiciones dictadas en odio á tales préstamos, como las leyes de la Partida 5.ª antes citadas, se refieren al hijo de familia *menor de edad que no hubiere sido emancipado,* y al hablarse en el Código de los préstamos hechos á los hijos de familia omitiéndose las determinaciones indicadas por razón de la edad y de la emancipación, puede suscitarse la duda de si la disposición legal citada es extensiva á todos los hijos de familia, sean ó no menores de edad, y si debe ser aplicable lo mismo á

(1) V. leyes 4, 5 y 6, título 1.° de la Partida 5.ª

los no emancipados que á los emancipados en el caso de referirse sólo á los menores.

Esta duda, que vemos apuntada en un autor, no puede ofrecer dificultad alguna en cuanto á su solución; y si de ella nos ocupamos, es por consideración al intérprete de nuestro derecho que la indica. La razón es obvia; pues aparte de que siempre, en el tecnicismo jurídico, se ha considerado equivalentes ó sinónimas la locución *hijo de familia* y la de *menor de edad*, por estar sometido á la potestad del padre ó de quien la ejerce, resulta que la disposición consignada en el párrafo 3.º de este artículo es una excepción de la regla establecida en el anterior, en cuanto por ésta se autoriza que puedan ser aseguradas con fianza las obligaciones contraídas por los menores de edad, las cuales sólo pueden ser impugnadas de nulidad por una excepción puramente personal del menor obligado. Por lo tanto, sólo á los préstamos hechos á los hijos de familia *menores de edad* se refiere el precepto que examinamos.

En cuanto á si es ó no extensivo éste, lo mismo á los menores emancipados que á los no emancipados, también es fácil la solución, pues viene á resolverla con toda claridad el art. 317 que determina los efectos de la emancipación, según el que habilita ésta al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, pero no le autoriza, entre otras cosas, para tomar dinero á préstamo sin consentimiento de las personas designadas en dicho artículo. Por lo tanto, el préstamo contraído por el emancipado sin mediar el consentimiento de dichas personas, será nulo, y nula de igual manera será la fianza constituída en garantía del mismo; pero si, por el contrario, concurriese dicho requisito, el préstamo será eficaz y válida la obligación contraída por el menor, hallándose en su consecuencia comprendida ésta dentro del precepto del párrafo 1.º del artículo que examinamos, y en su virtud, como obligación válida que es, puede ser asegurado su cumplimiento por medio de la fianza.

Otra de las dudas que ha suscitado la inteligencia de la disposición contenida en el citado párrafo tercero de este artículo,

se refiere á si debe interpretarse su precepto en sentido restrictivo ó no. De lo expuesto antes, resulta, que tanto este precepto como las disposiciones legales de nuestro antiguo derecho, y de la legislación romana que le sirven de precedente al hablar de hijos de familia, se contraían únicamente á éstos en el concepto de menores de edad, hallándose establecida, en consideración tan sólo á la incapacidad derivada de dicha causa, la prohibición consignada en el mismo; y en vista de esa limitación que de sus términos literales se desprende, puede ocurrir la duda de si por razón de analogía debe ser igualmente aplicable esa excepción de la excepción á los préstamos hechos á las demás personas en quienes concurra alguna otra causa de incapacidad distinta de la de la minoría de edad, y á aquellas que tienen limitadas ó en suspenso su capacidad por sufrir interdicción civil.

Algunos entienden que, hallándose equiparado al menor, en cuanto á su personalidad y condición jurídica, el mayor de edad incapacitado y el que sufre interdicción civil, debe ser igual el precepto que rija la validez y eficacia de la fianza constituída para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por unos y otros, por el conocido principio jurídico de que *donde existe la misma razón de derecho, idéntica debe ser la disposición legal que regule dicho acto*. Y en su consecuencia, deducen, que si bien conforme á lo dispuesto en el párrafo 2.º del presente artículo, podrían asegurarse con fianza las obligaciones contraídas por el incapaz mayor de edad ó por el interdicto en razón á tratarse de obligaciones cuya nulidad sólo puede ser reclamada por una excepción personal del obligado, no sucede lo mismo con las que trajeran su origen de préstamos hechos á tales personas, porque éstas se encontrarían en igualdad de circunstancias jurídicas que el menor, y por lo tanto, no deben ser susceptibles de aseguramiento por la fianza, ó no pueden ser objeto y materia de ella dichos préstamos, del mismo modo que no pueden serlo los contraídos por los hijos de familia á que se refiere el párrafo 3.º

Pero, aparte de la mayor ó menor propiedad con que se trata de equiparar las personas citadas á los menores de edad, hay

que tener en cuenta que las circunstancias no son iguales en uno y otro caso; pues el hecho de tratarse de un menor, y sobre todo, hijo de familia, es fácilmente apreciable, no siendo tan manifiestas las demás incapacidades, en las que tampoco cabe la presión que en los préstamos á hijos de familia se ejerce sobre los padres, ni se ve tan clara la influencia de las facilidades concedidas á tales préstamos en el fomento de los vicios y desarreglada conducta de los menores.

Los términos del precepto del párrafo 2.º del artículo que examinamos, son amplios y no ofrecen dificultad alguna. Comprenden todas las obligaciones cuya nulidad sólo puede ser reclamada por una excepción personal, sin más limitación que la señalada en el párrafo siguiente, y la fianza prestada para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones será valedera y eficaz; pero si en el contrato de fianza hubiere mediado error esencial que vicie el consentimiento, faltando á dicho contrato uno de los requisitos esenciales del mismo, podrá ser anulado ó rescindido como los demás contratos.

Además, en cuanto á la excepción consignada en el párrafo tercero de este artículo, es preciso no olvidar que, cualquiera que sea la razón de analogía que se pretenda hallar entre el préstamo hecho al hijo de familia y el que se llevare á efecto en favor de cualquier otro incapaz, ó de los que sufrieren interdicción civil, el precepto establecido en dicho párrafo se refiere única y exclusivamente á los menores, como tenemos demostrado ya, y es una regla de derecho unánimemente aceptada por todas las legislaciones, que la disposición legal que establece una excepción de las reglas generales, no puede ser aplicada á otros casos que no sean los expresamente determinados por la misma.

Se dirá quizás, en contra de esto, que el precepto del citado párrafo 3.º es una excepción de la excepción que á su vez se establece en el párrafo 2.º de la regla general consignada en el primero, y que, en tal concepto, en cuanto limita dicha excepción restableciendo el predominio de la regla general que prohibe implícitamente el aseguramiento con fianza de las obliga-

ciones *no válidas*, debiera interpretarse extensivamente; pero aunque en tal concepto se le considere, no deja de ser una excepción de la regla sancionada en el párrafo 2.°, y por lo tanto, como todas las excepciones, tiene que estar sujeta á la regla de hermenéutica que restringe la interpretación y el alcance ó extensión de las mismas.

La obligación principal en los demás casos de incapacidad, distintos del de la minoría de edad, será nula, y en su virtud, quedará libre y exento el incapaz de las obligaciones propias del préstamo contraído en dichas circunstancias lo mismo que el menor; pero existe diferencia en cuanto á la situación de los fiadores según sea un hijo de familia ú otro incapaz el fiado, como hemos dicho anteriormente. Lo mismo sucede con relación al que sufre interdicción; y por virtud de dichas diferencias, falta la identidad de circunstancias, necesaria para hacer extensivo á estos casos la prohibición que implica la disposición de dicho párrafo 3.°

II. *Concordancias*. — El presente artículo concuerda con el 2012 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1899 del de Italia, con el 1858 del de Holanda, con el 822 del de Portugal, con el 1494 del de Vaud, con el 3006 del de la Luisiana, con el 1994 del de la República Argentina, con el 1705 y el 1706 del de la Baja California y con el 2211 del de Veracruz-Llave.

El Código austriaco establece en su art. 1851 con regla absoluta, sin excepción alguna, que «no podrán asumirse ni *afianzarse* las obligaciones que nunca fueron válidas ó que ya se hubieren extinguido». Sin embargo, viene á conceder determinados efectos á la fianza prestada para asegurar obligaciones contraídas por personas que por sus cualidades personales no pudieran obligarse como sucede con los menores, y en general, con todos los incapacitados para contratar; pues entonces, según precepto terminante del art. 1352, el fiador quedará obligado, no en tal concepto, sino como codeudor solidario, aun cuando ignorase dicha cualidad ó dicha incapacidad.

La legislación mejicana, con su peculiar claridad, resuelve la

cuestión objeto de este artículo en el 1818, 1819 y 1820. En el primero de ellos declara, que «es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida», estableciendo así la misma regla general consignada en nuestro Código. Pero en el siguiente exceptúa de dicha regla el caso «en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, con tal de que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse (por concurrir entonces la voluntad presunta de quedar obligado de que hablábamos en el cuerpo de este comentario, al tratar de la incapacidad notoria de la menor edad), y de que la obligación principal sea válida á lo menos naturalmente».

En dicho caso la fianza subsistirá conforme al art. 1820, aun cuando el deudor principal haga rescindir su obligación, lo cual está conforme con la doctrina que hemos sostenido al examinar dicha cuestión con arreglo á nuestro derecho.

En la antigua legislación alemana, el Código de Prusia, en sus arts. 251 y 254, establecía preceptos concordantes con los del presente; pero el Código civil, vigente para todo el Imperio por virtud de la unificación acordada de dicha legislación, introduce la novedad de que «el fiador podrá negarse á pagar al acreedor mientras el deudor principal tenga derecho á pedir la anulación del acto jurídico en que se funda la obligación» (artículo 770).

En el derecho romano, en el párrafo 7.°, título 7, libro 4.°, de la Instituta, y en las leyes 1.ª y 8.ª, párrafo 6.°, título 1.°, libro 46 del Digesto, y en el patrio las leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª del título 1.°, y 5.ª del título 12, todas de la Partida 5.ª, establecían preceptos análogos también, y lo mismo sucedía en el proyecto de Código de 1851, cuyo artículo 1735 es enteramente igual al que es objeto del presente comentario.

ARTÍCULO 1825

Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.

I. *Razón jurídica de este precepto.*—El precepto de este artículo se halla conforme con la ley 6.ª, tít. 12 de la Partida 5.ª, y con el art. 1736 del proyecto de Código de 1851.

La razón en que se funda dicha disposición se deriva de la propia naturaleza de la fianza, pues siendo puramente subsidiaria la obligación contraída por el fiador, es indispensable que la deuda garantida con ella sea cierta, conocida y exigible del principal obligado, para que á su vez pueda ser reclamada del responsable subsidiario, ó sea del fiador. De aquí la necesidad de que sea líquida la obligación futura asegurada para que pueda deducirse la reclamación contra el que prestare la fianza.

Sin embargo, ningún inconveniente hay para que ésta recaiga sobre deudas futuras, cuyo importe no sea conocido al tiempo de constituirse la obligación en garantía, ni ninguna razón jurídica puede oponerse á ello. Por el contrario, hasta resulta beneficioso, tanto para el acreedor como para el deudor.

Por estas razones los autores del Código no podían proscribir del mismo la fianza en dicho caso, y de acuerdo con lo establecido ya en el derecho romano (1) y en nuestra antigua legislación, reprodujeron en el presente artículo la doctrina sancionada por ésta en la ley de Partida citada.

No quiere esto decir que la fianza pierda su carácter esencial y distintivo de obligación accesoria, dando vida á la misma cuando todavía no existe una obligación principal y cierta de la que deba depender. Así lo han creído algunos; pero el error en que incurren los que de este modo opinan es bien notorio.

(1) Leyes 6.ª, párrafo últ mo, y 57, tít. 1.º, libro 46 del Digesto.

En efecto; la fianza es siempre, y lo mismo en el caso citado, un contrato accesorio, y por eso no se concibe su existencia sin una obligación principal que asegure y garantice; pero esa circunstancia concurre en el supuesto á que se contrae el artículo que examinamos, puesto que existe una obligación *anterior* ó *coetánea* al tiempo de la constitución de la fianza, aunque su cumplimiento ó efectividad no sea de presente, sino para lo futuro, y su cuantía ó importe sea desconocido por estar pendiente de liquidación.

Ese desconocimiento de la cuantía no se opone á la existencia y certeza de la obligación preexistente, ni hace incompatible con ella su garantía, y, por lo tanto, sin inconveniente alguno puede ser asegurada dicha obligación. El único efecto y la exclusiva consecuencia que en el orden jurídico puede producir esa indeterminación están reducidos á la suspensión de toda reclamación contra el fiador para su efectividad, hasta que sea líquida la deuda y pueda conocerse la extensión de la obligación de fianza, que es precisamente lo establecido por nuestro Código.

No sólo cabe dicho supuesto dentro de los términos de lo posible, sino que es bastante frecuente el caso, y no necesitamos descender á la exposición de ejemplo alguno, pues no pueden ocultárseles á todos nuestros lectores. Por eso, porque no existe incompatibilidad ni oposición alguna en ello, se halla establecido este precepto, y aunque á primera vista sorprende, como ha dicho un autor, fácilmente se comprende la procedencia y la justicia del mismo, pues si en los contratos aleatorios es su objeto una esperanza, y se fundan generalmente en la incertidumbre, sin que esto pueda ser obstáculo para su existencia, nada de particular tiene que para el aseguramiento de los mismos se admita la prestación de fianza en tales condiciones y se consienta la constitución de dicha garantía respecto de deudas futuras y aun desconocidas, siempre que queden pendientes los efectos del contrato de fianza hasta que sea líquida la deuda y con ello desaparezca la causa ó el motivo de la suspensión de dichos efectos.

Esta cuestión fué muy discutida entre los tratadistas franceses, llegando á sostener algunos, como Pothier, que pueden ser objeto de fianza, no sólo las obligaciones de presente y las futuras *ya contraídas*, sino hasta las que *deban* contraerse. Otros, por el contrario, combatían dicha opinión; pero entre nosotros carece ya de interés el estudio y la crítica de dicha controversia, dado el terminante precepto consignado por nuestro Código en el presente artículo.

El único objeto que podría tener esta cuestión se refiere á la dificultad, estimada por algunos autores, respecto al carácter de la fianza en dicho caso. En efecto, se dice, cuando es futura la obligación, la fianza es condicional, y, por lo tanto, no existirá hasta que la condición se cumpla, es decir, hasta que la obligación principal *tome nacimiento*. De aquí deducen la consecuencia de que el fiador *no queda ligado* hasta entonces, y que en el entretanto puede revocar su consentimiento, si bien con la carga de notificar al acreedor su cambio de voluntad.

Pero desde luego se reconocerá que esta argumentación implica una confusión de ideas. Es cierto que el fiador que garantiza una obligación futura se obliga bajo condición; pero esto no importa para la subsistencia del vínculo jurídico, pues él queda ligado por una obligación condicional, tan eficazmente como por una obligación pura y simple. Si el fiador pudiera desligarse de la obligación contraída, no sería exacto decir, como la ley lo dice, que es válida la fianza de una deuda futura, porque entonces la obligación, el vínculo jurídico, dependería de la voluntad de aquel en tanto que no se cumpliese la condición, y es sabido que *una obligación que depende de la voluntad del que la hace no es tal obligación*. Si, pues, se admite que el fiador puede obligarse por una obligación futura, es preciso admitir que el fiador queda ligado por dicha fianza, y no puede desligarse de tal compromiso más que en los casos en que la ley lo permite y en la forma establecida por la misma, como veremos al comentar el artículo 1843.

Es indudable que mientras no haya una obligación principal,

no hay la de fianza, puesto que ésta requiere aquélla para su existencia como se reconoce en el art. 1824, y, por lo tanto, el fiador que se haya obligado por una deuda futura, no quedará sujeto á las consecuencias resultantes de la fianza más que cuando la obligación haya tomado nacimiento. Pero esto no prueba más que una cosa, y es que, si bien el afianzamiento de una deuda futura es un contrato condicional, la fianza queda subordinada desde un principio á la existencia de la obligación, y no puede revocarse ese consentimiento condicional, del mismo modo que tampoco puede ser revocado el consentimiento puro y simple.

Admitida la posibilidad de la fianza por obligaciones futuras, hay que reconocer dos casos distintos en cuanto á los efectos de la misma, según que la obligación asegurada sea de cuantía cierta y conocida ó incierta y desconocida, es decir, según que sea *líquida* ó *ilíquida*.

En el primero de dichos casos, al vencimiento de la obligación, puede reclamarse del fiador su cumplimiento en defecto del principal deudor, ó conjuntamente de él, y aun antes y con independencia del mismo si se hubiere obligado solidariamente con el fiador, hallándose en igualdad de circunstancia que la fianza por obligaciones de presente, y sin que haya alteración ó modificación alguna respecto de los efectos ordinarios y comunes de la fianza. Pero en el segundo de ellos, ó sea cuando la obligación futura garantida sea indeterminada ó ilíquida, entonces, aunque llegue el día del vencimiento, no puede intentarse reclamación alguna contra el fiador para la efectividad de la misma, hasta que la deuda sea líquida, por las razones que expusimos al principio como fundamento de la disposición consignada en este artículo.

Por lo demás, su inteligencia es tan clara, que no necesitamos insistir en estas indicaciones por no ser posible en la actualidad duda ni cuestión alguna sobre su precepto.

II. *Concordancias.*—Concuerda este artículo con el párrafo 2.º del 2067 del Código del Uruguay, con el apartado 2.º también del 2239 del de Chile, con el 1898 del de la República Ar-

gentina, con el 1706 del de la Baja California, con el 1821 del de Campeche, con el 2212 del de Veracruz-Llave.

Partiendo de la admisibilidad de la fianza por deudas futuras y sin hacer, en su consecuencia, declaración alguna sobre ello, el Código de Méjico establece, en su art. 1821, que «si la fianza se constituye sobre deudas futuras ó ilíquidas, el fiador no puede ser reconvenido sino cuando la obligación principal fuere legalmente exigible». La doctrina es, pues, la misma aunque expuesta en términos menos claros y precisos, que pueden producir alguna confusión en su inteligencia.

El Código austriaco no contiene declaración alguna sobre la fianza por deudas futuras; pero en su art. 1350 establece un precepto tan absoluto respecto á lo que puede ser objeto de este contrato, que no hay dificultad alguna para estimarlo permitido.

El Código alemán, después de definir la fianza en el art. 765, expresamente dispone que la fianza podrá prestarse también por una obligación futura ó condicional. Antes de la publicación de dicho Código, se establecía precepto análogo en el art. 8.°, capítulo 10, libro 4.°, del de Baviera.

ARTÍCULO 1826

El fiador puede obligarse á menos, pero no á más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones.

Si se hubiera obligado á más, se reducirá su obligación á los límites de la del deudor.

I. *Fundamento jurídico de este precepto.*—El precepto establecido por este artículo es una consecuencia lógica de los principios que hemos expuesto ya al ocuparnos del concepto jurídico de la fianza. Si por virtud de ella se obliga el fiador *subsidiariamente* para el caso en que el deudor no cumpla su compromiso, desde luego se deduce de ello que la obligación del fiador, que es pura y realmente accesoria, no puede exceder de los límites de la obligación principal contraída por el deudor afianzado. Así es

que si la deuda garantida por el fiador es de 1.000, por ejemplo, no puede concebirse que en la fianza se obligue éste por 1.500, porque en todo lo que exceda de 1.000 no existirá obligación principal de la que pueda ser accesoria dicha fianza. Del mismo modo si el deudor se obligó condicionalmente no puede ser pura y simple la obligación del fiador, porque de lo contrario, resultaría que éste quedaría obligado desde luego cuando todavía no existiría la obligación principal á cargo del deudor, porque éste no puede quedar obligado en dicho caso hasta el cumplimiento de la condición. Esto sería realmente absurdo.

Pero si la obligación del fiador no puede exceder de los límites de la del deudor, cabe que sea restringida á más reducidos términos, porque no hay nada de ilógico, de antijurídico ni de anormal en que la garantía suministrada por el fiador no se extienda á toda la obligación principal, ó se reduzca sólo á una parte de ella. Y no sólo puede la fianza limitarse á parte de la deuda, sino que también es posible que el fiador se obligue en condiciones ó circunstancias menos onerosas que el deudor, y gozar así de ventajas que no correspondan á éste; como por ejemplo, si el deudor se obligó pura y simplemente, y el fiador constituyó la fianza bajo condición, en cuyo caso podrá reclamarse del principal obligado el cumplimiento de su obligación desde la fecha de su vencimiento, y aunque no la cumpla, no por eso podrá intentarse la reclamación contra el fiador ínterin no se cumpla la condición estipulada, pues hasta entonces no empieza su responsabilidad ó el deber que la ley le impone de responder por el fiado.

De tal modo estaría sujeta su obligación en ese caso al cumplimiento de la condición pactada, que la fianza se desvanecería si dicha condición no llegara á realizarse.

Puede establecerse también en el contrato de fianza un término desde el cual empiece la responsabilidad, ó hasta el que dure su obligación para con el acreedor, aunque ese término no esté acordado ó convenido respecto de la obligación principal, y excusado es decir, que entonces los efectos de la fianza tienen

que depender de la estipulación indicada, no empezando hasta llegar el día señalado al efecto ó cesando toda responsabilidad por parte del fiador, y extinguiéndose la fianza al vencer el término señalado para su duración.

De todo esto hemos de ocuparnos con más detención al tratar de los efectos de la fianza, y, por consiguiente, nos limitamos ahora tan sólo á consignar que no en todos los casos responde el fiador de la totalidad de la obligación principal, ni se encuentra en identidad de circunstancias que el deudor, ni se subroga siempre en las obligaciones de éste, en las mismas condiciones y en los mismos términos en que se halla obligado dicho deudor, sino que, por el contrario, cuando la fianza se presta por menor suma que el total débito del principal obligado, ó en condiciones más favorables ó por menos tiempo ó hasta cierto plazo, y en todos los demás casos semejantes, la fianza, y por lo tanto, los efectos de la misma están contenidos dentro de límites más reducidos que los de la obligación del principal deudor, lo cual no se opone en modo alguno al objeto y á la índole de aquélla. Por lo tanto, no es de esencia en la fianza que la obligación del fiador sea idéntica á la del afianzado.

Hemos dicho que la fianza no puede exceder de la obligación principal, ni ser contraída en condiciones más onerosas que las impuestas al deudor. Así lo preceptúa el artículo que examinamos, cuyos términos claros y precisos no pueden dar lugar á duda alguna respecto á la inteligencia de su precepto, el cual está conforme con casi todos los Códigos extranjeros, como veremos al exponer las concordancias que con ellos tiene.

Pero si á pesar de esa prohibición terminante de la ley, se constituyera la fianza con mayor extensión ó en condiciones más onerosas que la obligación principal, ¿qué habrá de resolverse respecto de su validez y eficacia?

¿Será declarada nula *como contraria á lo establecido por la ley,* estimando en tal concepto ó por tal motivo nulo el acto con arreglo al art. 4.° del Código, ó por el contrario, se reducirán su cuantía y sus condiciones en cuanto excedan una y otra de lo

convenido respecto del deudor, teniendo por no pactado lo relativo á dicho exceso?

De estas dos soluciones, nuestro Código ha optado por la segunda, que es también la admitida por todas las legislaciones modernas. La fianza, por lo tanto, no será nula en dicho caso, sino reductible á la medida ó extensión de la obligación principal.

No siempre se ha seguido este criterio, pues el derecho romano establecía doctrina contraria. Sin embargo, al redactarse el Código francés, los autores del mismo, conformes en un todo con la opinión de Pothier, estimaron que siendo la fianza una obligación meramente accesoria de la principal asegurada con ella, el compromiso ó el vínculo jurídico creado por dicho contrato estaría viciado tan sólo en cuanto excediera de la obligación garantida, y en su virtud establecieron el precepto consignado en el art. 2013 de dicho Código, idéntico sustancialmente al que examinamos.

Por el contrario, los romanistas decían, en apoyo de la nulidad total de la fianza en dicho caso, que siendo la fianza una obligación accesoria y sujeta por lo tanto en sus límites á la principal, *quedaba viciada en su esencia* desde el momento en que traspasara los términos de ésta. De ese modo se pretendía impugnar la doctrina consagrada por el citado art. 2013 del Código francés; pero, como muy acertadamente expuso Pothier, ese argumento ó esa razón alegada por los impugnadores de dicho artículo es más sutil que sólida.

En efecto; según ha demostrado Laurent, todo lo más que puede deducirse del carácter accesorio de la fianza, base fundamental de dicho argumento, es que el fiador que se obliga á más que el deudor principal no puede ser compelido á hacer más que aquello que estuviere obligado á hacer dicho deudor, no existiendo dificultad ni impedimento alguno para ello por razón del exceso, pues siendo su voluntad y su intención obligarse por una mayor suma, es indudable que quiso quedar obligado por lo menos, ó sea por aquello que debiera hacer el fiado.

Como se ve, no es esta una mera cuestión de lógica, como su-

pusieron los escritores franceses que sostenían la doctrina romana, sino una cuestión de derecho que debe ser resuelta por la intención de las partes contratantes, y, desde este punto de vista, la decisión de la duda no puede ofrecer dificultad alguna, pues es evidente que la intención del fiador al prestar la fianza, es obligarse á hacer en defecto del fiador aquello que éste debía ejecutar y cumplir, y á su vez, la del acreedor que acepta la fianza, no puede ser otra que la de que por el fiador se cumpla la obligación del deudor si éste no lo llevare á efecto. Por lo tanto, resulta perfectamente justificado el que la fianza no pueda ser más extensa que la obligación principal, y que el exceso en ella no la anule en su esencia, como equivocadamente sostenían los indicados impugnadores de la teoría que ha prevalecido.

De la misma opinión son Domat, Treilhard, Lahary, Laurent y otros, todos los cuales sostienen que la fianza que excede de la deuda principal, no es jurídicamente nula, sino solamente reductible en la medida de la obligación del deudor, añadiéndose por alguno de ellos, que «nada es más razonable que esta disposición» (1). Para sostener la opinión indicada, se fundan en que no debe confundirse con la lógica el derecho, pues éste no es más que una fase de la vida real, y, por lo tanto, la voluntad ó la intención de las personas que intervienen en la relación jurídica es lo que debe imperar, *pues el hombre no está hecho para los principios,* sino que *los principios están hechos para el hombre.*

Tampoco hay razón jurídica alguna que impida el que el fiador se obligue á menos que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. En principio, salva convención en contrario, la obligación del fiador tiene la misma extensión que la del deudor; pero esto no quiere decir que siempre y en todos los casos hayan de surtir los mismos efectos. Por eso el fiador puede obligarse, á menos que el fiado, ya en la cuantía, ya en las condiciones de la obligación principal.

Para determinar la extensión de la obligación contraída por

---

(1) V. Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 5; Locré, t. 7.°, p. 417.

el fiador en dicho caso, hay que estar al contenido y objeto de la misma fianza, cualesquiera que sean las mayores responsabilidades que contrajese con arreglo á derecho el principal obligado. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Enero de 1903, en la que además se declara aplicable á toda clase de fianzas con inclusión de las que tengan carácter mercantil el principio inconcuso, conforme al art. 1826 del Código civil, de que el fiador puede obligarse á menos, pero no á más que el deudor principal, tanto en lo principal, como en lo oneroso de las condiciones de la obligación afianzada. Sin embargo, el mismo Tribunal, en sentencia de 14 de Diciembre de 1891, ha establecido la doctrina de que el precepto de que la fianza no puede extenderse á más que la obligación principal es inaplicable cuando existe un hecho origen de la obligación que determine el alcance de ésta, como sucedería, por ejemplo, con el hecho de la prórroga de la obligación afianzada, cuya prórroga fuera aceptada por el fiador.

En su virtud, no tiene lugar en este caso, por consecuencia de dicha aceptación, la extinción de la fianza, como veremos al examinar el art. 1851.

La ley 7.ª del tít. 12 de la Partida 5.ª, estableció la misma disposición que el artículo que comentamos; pero sólo para el caso en que el exceso fuera en la cantidad declarando la nulidad absoluta de la fianza en los demás casos; pero al redactarse el vigente Código no pudieron prescindir sus autores de seguir las tendencias del derecho moderno que estima más justo y equitativo que la obligación del fiador quede reducida *de pleno derecho* á los mismos términos que la del deudor, en vez de la declaración de nulidad sancionada en el derecho antiguo, en el caso de que la fianza fuera más extensa, ya en la sentencia, ya en las condiciones con que se prestase. Esta es la razón jurídica del precepto contenido en el segundo párrafo del presente artículo.

II. *Concordancias.*—Concuerda este artículo con el 2013 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1900 del de Italia, con el 823 del de Portugal, con el 2026 del de Bolivia, con el 1859

del de Holanda, con el 1495 del de Vaud, con el 3006 del de la Luisiana, con los 2222 á 2224 del de Guatemala, con el 2069 del del Uruguay, con el 2343 del de Chile, con el 1995 del de la República Argentina, con el 2213 del de Veracruz-Llave y con el 1707 y 1708 del de la Baja California.

La misma doctrina estableció el Código mejicano, aunque en términos distintos, y si se quiere más explícitos y absolutos, en sus artículos 1822 y 1823. En el primero, se dice que «la fianza puede comprender menos; pero no puede extenderse á más que la obligación principal, ya en cuanto á la sustancia de la prestación, ya en cuanto á las condiciones onerosas que contenga»; y en el segundo, se acentúa el carácter preceptivo de la disposición de nuestro Código, estableciéndose en él que si la fianza se extendiere á más de lo ya indicado, «la obligación del deudor *quedará de pleno derecho reducida* á los mismos términos de la del deudor». Es decir, que la reducción se opera *ipso jure,* desde luego, ó sea desde el momento mismo de contraer su compromiso el fiador, por ministerio de la ley y sin necesidad de solicitarla, mientras que, según los términos del artículo que comentamos, será necesaria su reclamación para que se lleve á efecto.

En la legislación alemana el Código prusiano, en su art. 277 (parte 1.ª, tít. 14), disponía que la fianza no podía exceder de lo que era debido por el deudor principal; pero al fiador le estaba permitido obligarse á dar garantías más fuertes que las prometidas. Abrogado ese Código como los de los demás Estados del Imperio por el Código civil vigente, al unificarse por él dicha legislación, en la actualidad no hay otra disposición que determine la extensión de la fianza más que el art. 767 del expresado Código general, el cual preceptúa que «la extensión de la obligación de deudor se regulará según el estado eventual de la obligación principal, sobre todo, cuando esta obligación se modifique por la falta ó morosidad del deudor principal».

El acto jurídico realizado por el deudor principal después de la fianza no ampliará la obligación del deudor según precepto expreso del mismo artículo, siendo de advertir que éste hace res-

ponsable al fiador de los gastos de todo procedimiento judicial, de que el deudor principal deba reembolsar al acreedor.

El Código austriaco, en su art. 1353, precisa la extensión de la fianza en los siguientes términos: «la fianza no podrá extenderse á más de lo que expresamente haya declarado el fiador»; y refiriéndose después al contrato de préstamo, sin duda por ser aquél en que con más frecuencia se contrae esta obligación de garantía, añade el expresado artículo: «El que prestare fianza para un capital dado á interés, sólo estará obligado por los intereses vencidos que no haya tenido derecho á exigir el acreedor.»

El que se hubiere obligado como fiador y pagador, lo estará por toda la deuda como codeudor solidario, y quedará al arbitrio del acreedor el compeler primero al deudor principal ó al fiador, ó á entrambos á la vez (art. 1357).

ARTÍCULO 1827

La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse á más de lo contenido en ella.

Si fuere simple ó indefinida, comprenderá, no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, inclusos los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá más que de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago.

I. *Inteligencia y fundamento de este artículo.*—Dos son las declaraciones que constituyen el principal objeto de este artículo, derivándose ambas de la naturaleza peculiar de la obligación contraída por medio de la fianza, á saber: 1.ª, que ésta no se presume, sino que debe ser expresa; y 2.ª, que no puede interpretarse en sentido extensivo la obligación de fianza, ampliándola á más del contenido de la misma, según sus términos. Y después de consignarse en el párrafo 1.º del mismo los dos principios indicados, se exponen, como consecuencia de ellos, en el

segundo de sus párrafos las reglas convenientes acerca de la extensión de la fianza indefinida ó indeterminada para evitar dudas respecto de su inteligencia.

Siendo de esencial interés y de importancia suma dentro de la teoría de la fianza las declaraciones y las reglas de que queda hecho mérito, procede que examinemos por separado cada uno de los preceptos del presente artículo, aunque abreviando todo lo posible el comentario de los mismos, porque en el estudio hecho de los artículos precedentes, hemos anticipado ya muchas de las consideraciones que sirven de fundamento á las disposiciones que ahora nos corresponde examinar.

a) Necesidad de que sea expresa la fianza.—Al ocuparnos del concepto de la fianza, indicamos ya la razón de esta necesidad, la cual se impone desde luego, porque, como ha dicho un autor, «del simple hecho de existir una obligación no se presume la existencia de otra obligación de garantía que asegure su cumplimiento», ni puede tampoco el legislador por meras presunciones suponer contraídas relaciones ó vínculos de derecho que requieren, como en todos los verdaderos contratos consensuales, á cuya clase pertenece la fianza, el concurso del consentimiento, ó la indiscutible voluntad de obligarse, de las partes contratantes.

En efecto; aunque la fianza es una obligación accesoria de la principal, no por eso deja de ser una obligación especial, distinta de la del deudor, que presupone y requiere, por lo tanto, en quien la contrae, la intención de quedar obligado á cumplir en defecto del fiado lo que éste estaba en el deber de hacer; y hasta tal punto es indispensable dicho requisito, que faltando la voluntad del fiador falta el consentimiento, que es lo único que puede dar vida al vínculo jurídico propio de la fianza.

Por eso en todos los Códigos se declara como en el nuestro, que la fianza no se presume ó que debe ser expresa, ó ambas cosas á la vez, según se expresa en el artículo que comentamos. Pero, ¿qué es lo que el legislador ha querido disponer con esta declaración? ¿Cuál es el sentido en que debe ser entendida? He

aquí la cuestión más importante de las que sugiere la inteligencia de dicho artículo.

El consentimiento ó la voluntad de obligarse, es siempre requisito necesario para dar vida á toda obligación contractual; pero según los principios generales que hemos examinado ya al estudiar la materia de las obligaciones derivadas de la voluntad, y especialmente la teoría del consentimiento como requisito esencial de los contratos, dicha voluntad puede manifestarse expresamente por medio de palabras que directa y claramente la demuestren, ó de una manera implícita por actos que revelen la intención de quedar obligado.

Y en vista de esta duplicidad de medios de expresión, que desde luego aparece opuesta á los términos del precepto de este artículo, surje la duda de si el legislador se ha separado en este punto de los principios generales indicados, exigiendo una forma especial para la determinación ó expresión de la voluntad de obligarse.

A nuestro juicio, la duda hay que reservarla en sentido afirmativo, pues lo que la ley ha querido disponer es que la fianza debe ser constituída expresamente constando de una manera directa é indudable la intención y la voluntad de obligarse, y excluyendo, por lo tanto, la forma tácita de su expresión. Por eso no se limita á decir que la fianza no se presume, sino que además añade que *debe ser expresa.*

Los motivos de esa especial disposición se derivan, como hemos dicho antes, de la naturaleza propia de la fianza. Es ésta una carga por su naturaleza gratuita, aunque no sea esencial dicha gratuidad, según tenemos ya demostrado, y que de ordinario se contrae sin remuneración ó recompensa y sin ninguna otra obligación correlativa en favor del fiador, encontrándose en muchos casos éste en la dura necesidad de pagar deudas ajenas sin utilidad alguna para él y sin recurso eficaz contra el deudor insolvente. Exponiendo Laurent lo peligrosa que es la fianza, cita el conocido proverbio que dice: «quien afianza paga», y abundando el legislador en estas ideas ha querido, para dar efectos

á la fianza, no sólo que exista la seguridad de que el fiador haya tenido verdadera intención de obligarse, sino además que resulte cierto que, al hacerlo, procedió con conocimiento de lo que hacía, para evitar así que aquel que por un sentimiento irreflexivo de afecto ó de piedad esté dispuesto á prestar la fianza, no se deje llevar fácilmente de ese primer impulso generoso, sino que al obligarse, lo haga de una manera seria y concienzuda, dando lugar á pensar sobre ello para que la expresión de su voluntad sea garantía suficiente de su deliberada intención de obligarse á cumplir por el principal deudor, en su caso, la obligación asegurada con la fianza.

Es, pues, una razón de prudencia en interés y beneficio de los fiadores el motivo y fundamento de la necesidad impuesta por la ley en el precepto que examinamos. Cierto es que, el que afianza lo hace en la confianza de la solvabilidad del deudor; pero esa confianza puede ser equivocada, y con frecuencia lo es, por cuya razón es muy acertada la prudencia con que ha procedido el legislador al exigir dicho requisito.

No pudiendo prestarse la fianza, sino de una manera expresa, hay que reconocer que el silencio por parte del propuesto para fiador, no es suficiente para establecerla, aunque haya estado presente al otorgamiento del documento en que se le designara como tal y le haya suscrito sin protesta por su parte. Este caso curioso le encontramos resuelto en la jurisprudencia italiana (1).

Un quebrado propuso á sus acreedores un convenio en el que se obligaba á pagar un tanto por ciento del pasivo, dentro de un plazo determinado, con la garantía de uno de dichos acreedores: aceptada la proposición, se extendió el acta, siendo suscrita por todos los concurrentes, incluso el designado ó propuesto como fiador, el cual estuvo presente cuando se hizo la proposición así como á su discusión y aceptación; pero al firmar dicho documento no manifestó que se constituía por fiador, sino que lo hizo tan sólo en su cualidad de acreedor.

---

(1) Casación de Turin, decisión de 16 Febrero 1867. (*Anales*, I, 1, 166.)

Impugnada la eficacia de dicha fianza, recayó sentencia estimando prestada válidamente la misma, fundándose para ello en la presencia de dicho acreedor al acto, en el hecho de haber firmado el acta sin oponer ninguna reserva y en la consideración de que, dado el estado de cosas comprobado, no se hubiera aceptado ni suscrito el convenio sin la garantía de aquél ó de los otros acreedores; pero el Supremo Tribunal de Turín, en la sentencia anotada, censuró justamente el fallo recurrido declarando que con ella se contradecía el texto del documento citado y se violaba la letra y la razón de la ley. Y para declararlo así se fundó: 1.°, en que se contradecía el texto del acta, porqne el acreedor presentado por el deudor como fiador, no había declarado que se constituía en fiador ni había hecho promesa alguna relacionada con ello; 2.°, en que, si puso su firma en el acta lo hizo sólo en el concepto de acreedor como todos los demás acreedores, pues si la caución debe ser expresa y no puede presumirse, no puede hacer las veces de una declaración positiva y explícita el defecto de una protesta ó de una reserva; y 3.°, en que había sido violada la ley por haberse estimado la existencia de una fianza por el concurso de presunciones frente á la ley que no lo permite y aun lo veda.

De la misma opinión es Campogrande (1), quien declara precisamente que un consentimiento tácito no puede ser constitutivo de fianza, á lo que se asocia Ramponi, llegando hasta á considerar inútil la expresión *no se presume,* que se lee en el art. 1902 del Código civil italiano, igual al que examinamos.

Por el contrario, Lessona (2) estima que basta la concurrencia de presunciones simples para la prueba de la voluntad del fiador. Á este efecto, con referencia á dicho Código, expone el citado autor: «Cuando el art. 1902 del Código civil dice que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa, quiere indicar

(1) Véase *Fideiussione en el Digesto ital.*, núm. 11.
(2) Véase *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, tomo 5.°, núm. 94, página 173.

que la fianza exige una forma especial de declaración de la voluntad. Ésta debe ser expresa; pero la prueba de la voluntad expresa del fiador podrá resultar—como todo otro consentimiento—de presunciones simples cuando éstas sean medios de prueba lícitos de por sí.»

En nuestro Codigo civil están admitidas las presunciones como uno de los medios de prueba que pueden utilizarse para la prueba de las obligaciones, según puede verse en los artículos 1214 y 1249 á 1253 del mismo; pero ante el terminante precepto del presente artículo, forzoso es reconocer la imposibilidad de admitir como probado el consentimiento del fiador por meras presunciones. Por lo tanto, la doctrina establecida por el Tribunal de Turín en la sentencia antes citada, la estimamos de perfecta aplicación, conforme á nuestro Derecho, en todos los casos en que, habiéndose propuesto y aceptado como fiador á una persona determinada, concurra ésta al otorgamiento de la obligación principal sin protesta ni reserva por su parte, pero sin expresar su voluntad ó intención de obligarse como tal fiador.

Fundando Lessona la teoría ya dicha, aunque con referencia á las obligaciones solidarias, en que es precisa también la constancia de la expresa voluntad del obligado para que se le estime como deudor solidario, dice que la necesidad de una estipulación expresa no equivale á exigir fórmulas sacramentales en que se contraiga esa obligación, sino que basta que conste de algún modo lo que quieren las partes.

Esta cuestión se relaciona con la debatida teoría de los criterios diferenciales entre el *consentimiento tácito* y el *consentimiento presunto,* frente al *consentimiento expreso:* teoría extensamente expuesta y discutida por Gluck (que entiende puede obtenerse la manifestación del consentimiento *tácitamente* con palabras ó hechos de los que *con seguridad* puede deducirse aquél, ó *presuntivamente* si no se deduce de palabras ó actos que tengan relación con el asunto, sino por *otros motivos* y de conformidad con las leyes), por Fadda y Bensa, por Pescatore, por Windscheid y otros muchos. No hemos de entrar en esa distinción,

más aparente que real, puesto que en resumen el consentimiento *tácito* y el *presunto,* deducidos por medio de presunciones simples, son una misma cosa, y se encuentran en el mismo caso ante nuestra ley, que requiere que sea expresa la voluntad é intención del fiador para quedar obligado, pues el sistema seguido por el Código, ó mejor dicho, la razón en que se inspira, es que no se admita ó no se estime la existencia de esa obligación sino por formas ó medios de expresión *especiales por su cualidad,* ó *especiales por razón particular de convencimiento.*

Pero conformes en que la fianza debe ser expresa, es decir, manifestada ó exteriorizada la voluntad é intención de obligarse *por palabras directas,* como ha dicho un autor, surge una nueva duda que ya tenemos solucionada al tratar de la expresión del consentimiento en general.

En efecto, éste puede manifestarse verbalmente ó por escrito, y tanto en una ú otra forma pueden quedar obligadas las partes contratantes al cumplimiento de lo convenido, según el artículo 1258, en relación con el 1254, desde que consienten en obligarse, puesto que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan. Además, conforme al artículo 1278, son eficaces los contratos, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez, *cualquiera que sea la forma* en que se hayan celebrado, siendo, por lo tanto, indiferente el que la obligación se haya contraído verbalmente ó por escrito; y ante esta consideración, se pregunta si la fianza puede contraerse también verbalmente, ó si por su peculiar naturaleza y por las razones de prudencia tenidas en cuenta por el legislador en favor de los fiadores, debe ser constituída siempre por escrito pública ó privadamente otorgado.

Ordinariamente se contrae la fianza, como la forma más eficaz, por escrito; pero el Código no establece disposición alguna especial acerca de ello, y habrá de estarse á las reglas generales acerca de la expresión del consentimiento, entre las cuales se halla el párrafo último del art. 1280, con arreglo al que deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, todos

los contratos, y por lo tanto, el de fianza, si la cuantía de las prestaciones á que se obliga cualquiera de los contratantes excediera de 1.500 pesetas, aun cuando en la convención no se hubiere establecido la condición del otorgamiento de escritura.

Otra cuestión se ha suscitado, relacionada con la inteligencia del precepto de que nos ocupamos. Según éste, la fianza debe *ser expresa*, y en vista del laconismo de la ley, que no se refiere determinadamente á ninguna de las partes al exigir la expresión de la voluntad, se ha dudado si bastará que la fianza sea expresa tan sólo por parte del fiador que se obliga, ó si exige por dicho precepto también que sea expresa igualmente la aceptación por parte del acreedor, estimándose que sin esa aceptación no está completo ni perfeccionado el contrato.

Para nosotros, la cuestión no ofrece dificultad alguna, y resuelta se halla por el mismo Código. Cuando la fianza se expresa por parte del que la presta, se ha cumplido el objeto del precepto legal indicado, cuyo fin y fundamento quedan antes expuestos, y, por lo tanto, no hay razón alguna para exigir una expresa aceptación por el acreedor.

De la misma opinión son Ricci y Laurent, el segundo de los cuales añade que el exigir el expreso consentimiento del acreedor, sería interpretar la ley en contra de su espíritu, porque la misma, al exigir que la fianza sea expresa, sólo ha tratado de garantir al fiador contra una promesa irreflexiva, mientras que respecto del acreedor no ha tenido que adoptar precaución ni seguridad alguna, porque éste á nada se obliga.

Además, no hay inconveniente en que la aceptación del acreedor sea tácita ó implícita, hallándose éste conforme con los principios generales del derecho, y, por lo tanto, al decir la ley que la fianza debe ser expresa, se refiere única y exclusivamente á la obligación del fiador, porque éste es el único que se obliga en dicho acto.

Se dirá tal vez que esa aceptación es indispensable para que el contrato de fianza se perfeccione y surta todos sus efectos; pero téngase en cuenta que, conforme al art. 1828, el deudor

principal obligado á dar fiador, debe presentar persona apta para ello *á satisfacción del acreedor,* según veremos al estudiar dicho artículo, y desde el momento en que el acreedor acepta por fiador al propuesto, queda ya patente su consentimiento, no siendo necesaria una nueva y especial manifestación de él.

Por lo tanto, la expresión á que se refiere la disposición de que nos ocupamos, se contrae única y exclusivamente á la obligación del fiador. Esto no obsta, como desde luego se comprende, á que en el caso de hacerse constar por escrito el contrato de fianza, se haga expresión en el mismo de la aceptación por parte del acreedor, y en el caso de que la fianza fuese remunerada, conviene que también se haga mención de la obligación contraída por el deudor y su consentimiento para la debida justificación en su caso, y ahorrarse dificultades de la prueba si llegare á ser impugnada dicha obligación.

b) Extensión ó límites de la fianza definida ó determinada.—Tenemos indicado anteriormente que la fianza es de interpretación estricta ó restringida. Este es un principio tradicional en casi todas las legislaciones (1), el cual está fundado en la misma naturaleza de esta especial convención. Por eso no puede pasar de los límites en que ha sido contraída, que es lo que ha querido decir nuestro Código, de acuerdo con el art. 2015 del francés, al exponer preceptivamente que la fianza no puede extenderse á más de lo contenido en ella. Es decir, que cuando es definida, ó al prestarla se constituya por una suma ó por una obligación determinada, la fianza no asegura más que aquella suma ó aquella obligación especial que le sirve de objeto, ó por la que se prestara. Esto es lo mismo que vino á establecer el Código civil austriaco en su art. 1353, al preceptuar que «la fianza no podrá extenderse á más de lo que expresamente haya declarado el fiador». En esa doctrina están conformes casi todas las legislaciones, viniendo á constituir un principio tradicional en el derecho, como decía Troplong.

(1) V. Troplong, *Du cautionnement,* núms. 133 y 134.

La razón de ese precepto la hemos demostrado ya al ocuparnos del artículo anterior, y, por lo tanto, nos basta tan sólo indicar que siendo la fianza una obligación accesoria, no puede traspasar los límites de la obligación principal garantida por la misma, pues en todo lo que exceda de ella, faltará obligación de que haya de depender ó á la que debe *acceder*.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Noviembre de 1900, ha establecido también el fundamento de dicha disposición, diciendo que «por lo mismo que la fianza es una obligación especial que *no se presume*, es preciso que consten las que contrae el fiador, ó los límites de la fianza».

Tanto esa misma sentencia como otras de 29 de Mayo de 1897 y de 24 de Enero de 1901, han sancionado la doctrina establecida en el artículo que examinamos, elevándola á la categoría de principio indiscutible de derecho aplicable, tanto á la fianza civil como á la mercantil.

En efecto; unánimemente se declara en dichas sentencias, que es un principio de derecho sancionado expresamente por el artículo 1827 del Código civil, que la fianza no se presume, sino que ha de ser expresa y no puede extenderse más allá de lo contenido en ella, cuyo precepto es aplicable al afianzamiento mercantil, por virtud de lo dispuesto en el art. 50 del Código de Comercio.

Finalmente, la citada sentencia de 16 de Noviembre de 1900, añade que siendo gratuito el contrato de fianza ha de interpretarse, cuando se ofrezca duda sobre su extensión, por la menor transmisión de derechos conforme á lo prevenido en el art. 1289 del Código civil, relacionado con el 441 del Código de Comercio. Esta declaración de la jurisprudencia viene á confirmar también de una manera clara y explícita la afirmación que repetidamenmente hemos sentado, de que toda la materia relativa á la fianza es de interpretación estricta y aun restringida, lo cual constituye el fundamento jurídico de la segunda de las disposiciones que hemos dicho comprende el párrafo primero del artículo objeto de este comentario; disposición tan conforme con la na-

turaleza de este contrato, que sin la limitación consignada en ella, vendría la fianza á convertirse en una nueva y distinta convención, separándose de su verdadero objeto.

c) Extensión ó límites de la fianza indefinida ó indeterminada.— La materia que ahora nos corresponde examinar se refiere á la tercera de las declaraciones contenidas en el presente artículo ó al tercero de las prescripciones que constituyen sus preceptos. La determinación de los límites de la fianza indefinida es el objeto que le motiva, y con toda claridad se halla establecida dicha determinación en el párrafo 2.° del artículo, en el que se establece la regla general á que hemos de atenernos en dicho caso.

Como ha dicho un expositor del nuevo derecho, la ley debe evitar cuidadosamente toda falsa interpretación de sus disposiciones y fijar con claridad suma el alcance de las mismas para evitar dudas en su inteligencia, y con tal objeto, los autores del Código pusieron especial atención respecto de la determinación de los límites de la fianza en cada una de las dos clases en que se divide por razón de su extensión, por lo mismo que en este contrato cualquiera oscuridad de la ley ó la menor falta de precisión en sus preceptos, podría traducirse en evidente perjuicio del fiador y ser motivo bastante para injustas reclamaciones sin más justificación ni fundamento que el peculiar interés del acreedor.

Tal es la razón de la regla establecida en el citado párrafo 2.° del artículo que comentamos. En el anterior se estableóió la extensión ó límites de la fianza definida ó limitada, llamada también simple por algunos, y precisaba, por lo tanto, exponer á continuación los límites ó extensión en el caso de que la fianza fuera indefinida por no tener límites previamente determinados en el contrato.

Para dicho caso dispone el Código que la extensión de esa clase especial de fianzas comprenderá, no sólo la obligación principal, sino también todos sus accesorios, inclusos los gastos del juicio con la limitación establecida en el mismo. Cierto es que

con ello se amplían los términos de la fianza á más de los límites de la obligación principal, objeto y motivo de aquélla, pero esto depende de los actos del fiador, pues pudiendo éste precisar y determinar al constituir la fianza los límites de la misma, restringiendo su responsabilidad única y exclusivamente á los términos extrictos de la obligación principal, si no lo hizo así dejando de utilizar esa restricción, potestativa en él, debe presumirse que quiso quedar obligado en la forma amplia que en el artículo se establece.

La declaración con que termina el párrafo limitando los gastos judiciales de que deba responder el fiador, es no sólo de buen sentido jurídico, sino también de una justicia indiscutible, pues no siendo un deudor solidario, en tanto que no se obligue en dicho concepto, no puede hacérsele responsable de los gastos que caprichosamente hubiere ocasionado el deudor. Por eso se dice que sólo responderá de los que se hayan devengado después de ser requerido para el pago, en lo que no puede haber duda alguna, toda vez que esos gastos son originados por culpa del fiador, que teniendo obligación de pagar en defecto del principal deudor no lo realiza, á pesar de constarle ya la falta de cumplimiento por parte de éste.

En ello están conformes todos los autores, y donde únicamente se ha suscitado dudas entre los intérpretes y comentadores, es respecto al particular de la forma en que se ha de hacer saber al fiador el incumplimiento del deudor principal para que surta el efecto de ser de su cuenta las responsabilidades por costas posteriores hasta el pago; pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de Mayo de 1897, ha venido á marcar ya, aunque por modo indirecto, las condiciones que deben concurrir en dicho conocimiento para que pueda producir tales consecuencias.

En efecto; en dicha sentencia se declara que la simple notificación ó conocimiento que de la demanda ejecutiva diese el acreedor al fiador, no es ni el requerimiento á que se refiere el artículo 1827 ni la citación de que trata el 1834, pues además de que estas diligencias tienen un sentido técnico propio y es-

pecial con efectos jurídicos diferentes, si la ley hubiera querido decir que bastaba que el fiador conociera las gestiones judiciales que el acreedor practicaba para el cobro de su crédito, así lo habría expresado.

Después de esta terminante declaración de la jurisprudencia, es imposible ya toda duda, pues discurriendo *á contrario sensu,* en vista de ella, fácilmente puede determinarse cuáles sean los requisitos que hayan de concurrir en dicha diligencia ó la forma en que haya de llevarse á efecto.

No bastará, pues, un simple aviso ni un conocimiento cualquiera, desprovisto de los caracteres de la interpelación ó del mandato judicial, sin garantías de autenticidad y sin intervención de funcionario público que de ello diere fe, sino que, por el contrario, será preciso é indispensable el requerimiento al pago dentro de los autos y en la forma establecida por la ley procesal, pues el legislador ha empleado dicho término en el sentido que tiene en el tecnicismo jurídico, y si hubiese estimado suficiente el mero ó simple conocimiento por el fiador de la reclamación ineficazmente deducida contra el fiado, lo habría expresado así, según se declara en la sentencia antes citada.

La razón de esa exigencia de la ley estriba en la necesidad de poner por anticipado el remedio debido á posibles abusos por parte de los acreedores, fáciles y frecuentes en otro caso, debidos á las maquinaciones y recursos inspirados por su personal interés, y además se funda dicha disposición en la naturaleza propia de la fianza, pues siendo una obligacion accesoria la del fiador, pendiente, por lo tanto, de un hecho futuro, cual es el incumplimiento de su compromiso por parte del principal deudor, es de todo punto indispensable que de una manera auténtica conste ese hecho para que desde entonces pueda empezar á surtir sus naturales efectos la obligación de garantía.

Por otra parte, incoado el juicio contra el deudor para que éste pueda continuar contra otra persona distinta, ó sea con el fiador, es preciso un acto dentro del mismo, por virtud del que sea llamado á sustituir á aquél en el procedimiento, empezando

por la reclamación del pago para que puedan ser de su cargo en adelante las responsabilidades del juicio como dependientes ya de su exclusiva culpa.

Pero se dirá que esas mismas garantías procuradas por la ley en beneficio del fiador y esos mismos efectos en cuanto á la responsabilidad del mismo, podrían obtenerse con la interpelación extrajudicial, ó sea por la reclamación del pago hecho por acta notarial. Sin embargo, como el fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor en los casos no exceptuados, conforme á lo dispuesto en el art. 1830, y siendo precisa la actuación judicial para agotar la excusión referida, desde luego se comprende la necesidad del requerimiento, dentro de dicho procedimiento, para que en adelante pueda entenderse éste con el obligado subsidiariamente.

Cuanto llevamos dicho tiene aplicación tan sólo á los casos en que el fiador no se haya obligado solidariamente con el deudor principal, que es la forma común y ordinaria de la fianza; pero si se hubiese contraído la obligación en la forma solidaria indicada, entonces el acreedor podrá deducir su reclamación desde luego, y sin previo requerimiento, contra el fiador, si bien le quedará siempre á salvo á éste el beneficio de excusión cuando fuera demandado á la vez que el deudor, sin obligarse solidariamente, aunque se dé sentencia contra ambos.

De estas cuestiones tenemos que ocuparnos de nuevo al comentar los artículos 1830 y 1834, y por lo tanto, ponemos por ahora término á ellas, bastando á nuestro actual propósito las indicaciones que quedan hechas.

II. *Concordancias.*—Este artículo concuerda, como hemos dicho ya, en cuanto á su primera parte, con el 1353 del Código de Austria antes citado, y tiene concordancias además con los siguientes: el 2015 y el 2016 de los Códigos francés y belga, el 1902 y el 1903 del de Italia, el 2025 y el 2028 del de Bolivia, el 1861 y el 1862 del de Holanda, el 1498 del de Vaud, el 3009 del de la Luisiana, el 2068 del del Uruguay, el 2214 y el 2215 del de Veracruz-Llave, el 2347 del de Chile, el 826 del de Por-

tugal, el 1711 y el 1712 del de la Baja California, y el 1826, 1827 y 1828 del de Méjico.

En las legislaciones de los diversos Estados italianos, vigentes antes de la publicación del actual Código civil, se encuentran también concordancias con la doctrina establecida por el presente artículo, en el Código sardo (artículos 2048 y 2049) y en el napolitano (artículos 1887 y 1888). Lo mismo sucede en la antigua legislación alemana, encontrándose algunas concordancias en el Código prusiano (artículos 257 al 260) y en el bávaro (artículo 9.º, cap. 10, libro 4.º), el cual llevaba hasta tal extremo el rigorismo del principio en que se funda la doctrina sancionada por el mismo, que cuando la fianza tenía por objeto el principal de una deuda, no venía obligado el fiador á responder de los intereses, mientras que el prusiano, si bien por excepción, la hacía responsable de la primera anualidad de ellos cuando aquélla los devengaba.

Hemos dicho ya en otra ocasión que los Códigos de los Estados alemanes fueron abrogados por el vigente Código civil al unificarse la legislación del Imperio, y sabemos también por el comentario del artículo anterior que, según el 766 de dicho Código, ha de regularse la extensión de la obligación del fiador por el estado eventual de la obligación principal, no ampliándose aquélla por los nuevos actos jurídicos realizados por el deudor después de constituída la fianza, y que el fiador responde de los gastos de todo procedimiento judicial de que el principal obligado deba reembolsar al acreedor.

ARTÍCULO 1828

El obligado á dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido á la jurisdicción del Juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse.

I. *Fundamento é inteligencia del artículo.*—Dos son las disposiciones comprendidas en el precepto de este artículo: una refe-

rente al deudor, y otra al fiador. Por la primera de ellas se impone al que ha de ser fiado la obligación de presentar para fiador persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Por la segunda, se somete al fiador á la jurisdicción del Juez del lugar donde dicha obligación debe ser cumplida. Y puesto que se trata de declaraciones que responden á motivos jurídicos distintos, también procede que nos ocupemos de cada una de ellas con la conveniente separación.

a) Necesidad de que el deudor presente persona idónea para el cargo de fiador.—Si el objeto de la fianza es asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada con ella, desde luego se comprende que dicho fin no puede conseguirse si el fiador propuesto es incapaz para contratar, ó si carece de los medios de solvencia necesarios para hacer efectiva de él en su caso la obligación citada. Por eso todas las legislaciones, incluso la romana (1), han procurado establecer, con más ó menos amplitud y con mayor ó menor fortuna, precepto análogo al primero de los del presente artículo con objeto de asegurar la efectividad de dicha garantía.

No siempre son simultáneos el contrato de que surge la obligación principal y la constitución de la fianza, concediéndose á veces al deudor plazo determinado para la presentación de fiador; pero aun cuando deba ser simultáneo el otorgamiento de la obligación principal y de la accesoria, surge con prelación á dicho acto la necesidad de ponerse de acuerdo las partes respecto de la admisión del fiador, lo cual implica las gestiones necesarias de parte del deudor para la propuesta del que haya de afianzar el débito ó la obligación principal y para la aceptación del que ha de recibirle en tal concepto. Y para uno y otro de ambos casos, el Código establece en este artículo la primera de las prescripciones antes citadas, por la que se impone al deudor obligado á dar fianza el deber de presentar persona idónea para ello.

---

(1) V. *Leyes* 3.ª, tit. 1.º, libro 46, y 7.ª y 8.ª, tit. 8.º, libro 2.º del Digesto.

Aunque la ley no lo dice se sobreentiende que esa presentación, ó mejor dicho esa propuesta, ha de ser hecha al acreedor, toda vez que en su beneficio ha de contraerse la obligación de fianza y él es el único á quien pueden interesar las cualidades de la persona presentada con tal objeto.

Dos son las condiciones que debe reunir el propuesto: 1.ª, que tenga capacidad necesaria para obligarse; y 2.ª, que cuente con bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza y de la que deba responder en su caso.

En cuanto á la primera de dichas condiciones, ya hemos dicho lo necesario al ocuparnos de la cuestión relativa á la capacidad para ser fiador cuando estudiamos el concepto jurídico de la fianza, y, por lo tanto, no es preciso insistir sobre ello. Y respecto á la segunda, es tan notorio el fin perseguido por el legislador y tan conforme con él la disposición de la ley, que ocioso resultaría cuanto dijéramos en explicación de su inteligencia.

Algunas legislaciones, y lo mismo nuestro proyecto de Código de 1851, han procurado determinar las condiciones ó requisitos que debían concurrir, tanto en la persona del propuesto, como en los bienes del mismo, para que pudiera considerársele como fiador abonado y aceptable.

Con este objeto decía el art. 1740 del citado proyecto de Código, que la persona dada por fiador debía reunir las cualidades siguientes:

1.ª Ser capaz de obligarse.

2.ª Estar domiciliado, ó escoger domicilio en el partido judicial donde haya de darse la fianza; y

3.ª Poseer bienes inmuebles que no estuvieren en litigio, bastantes para cubrir la deuda y situados en la provincia donde se diere la fianza. Y sólo cuando la deuda era pequeña bastaría que el fiador fuera abonado bajo otro concepto, aunque no poseyese bienes inmuebles.

Se exigía que estuviera domiciliado ó escogiese domicilio en el partido judicial, porque se estimaba que la larga distancia dificultaba la efectividad de la fianza y que sería más ruinosa que

útil la reclamación que hubiera de promoverse lejos para que el fiador cumpliese su obligación, toda vez que, tratándose de una acción personal, causaría fuero su domicilio y el Juez de éste sería el competente para conocer de la reclamación; mientras que estando cerca, *la facilidad de perseguirle, hacía parte de su solvencia,* como decía García Goyena, comentando dicho artículo.

Se exigía que los bienes que poseyera fuesen inmuebles y no sujetos á litigio, porque se consideraba insuficiente é insegura la solvencia cuando ésta dependía de una fortuna fugitiva como la formada por bienes muebles y litigiosos.

Se ordenaba que estuvieran los bienes próximos, es decir, situados dentro de la provincia en que se diera la fianza, porque si estuvieran á gran distancia sería difícil y costosa la ejecución contra los mismos, y hasta tal punto se procuraba huir de dicha dificultad, que sólo, por excepción, se prescindía, ó, mejor dicho, se autorizaba para prescindir de dicho requisito, cuando la deuda era pequeña, por el antecedente que venía á constituir el precepto de la ley 41, tít. 2.º de la Partida 3.ª

Como desde luego se comprende, ninguno de esos motivos en que se funda la exigencia de los requisitos indicados tiene importancia ni fuerza suficiente para que se prescinda por ellos del criterio de libertad y facilidad en que se inspira actualmente la contratación. No la tiene el de la distancia del domicilio del fiador, porque aparte de que la fianza como obligación accesoria ha de seguir el fuero de la principal, cuyo cumplimiento garantiza, cualquiera que sea el domicilio del fiador, siendo independiente la distancia á que se encuentre para la determinación de la competencia respecto de la reclamación que hubiera de establecerse contra él para la efectividad de aquélla, es lo cierto que al convenirse la forma y condiciones en que haya de constituirse la fianza, puede pactarse expresamente, respecto al fuero, lo que el acreedor estime conveniente para la seguridad de su derecho, siempre que el Juez á que se sometan tenga competencia para conocer del asunto. Y en cuanto á la garantía mayor ó menor que puedan ofrecer los bienes del que presta la fianza, por razón

de su naturaleza ó por el lugar en que estuvieren sitos, no es la ley, sino el acreedor, el que debe apreciarlo, y, por lo tanto, huelgan esas precauciones y previsiones del proyecto, que, más que á facilitar el desarrollo y desenvolvimiento de la institución, hubieran venido á entorpecerlo y dificultarlo.

Por eso nuestro Código vigente se apartó en este punto del antecedente que ofrecía dicho proyecto, prescindiendo de la determinación de esas condiciones y sometiendo la cuestión de la capacidad á los principios generales establecidos sobre la materia, sin imponer especialidad alguna, y la de la solvencia del fiador al único juicio del acreedor. Y al proceder de este modo se obró con innegable acierto, porque la apreciación de esa solvencia ha de quedar sometida en todo caso, no al criterio prudente de los Tribunales, como se ha dicho por un autor, sino al exclusivo arbitrio del acreedor, sin cuya libre aceptación del propuesto no puede constituirse la fianza, porque no hay Tribunal que pueda obligarle á admitir á quien no quiera aceptar, y además, porque siendo el único interesado en ello, debe corresponder á él la decisión.

b) Sumisión del fiador al Juez de la obligación principal.—En la última parte del artículo objeto de este comentario dispónese á ese efecto que el fiador se entenderá sometido á la jurisdicción del Juez del lugar donde deba cumplirse la obligación de fianza.

Este precepto, á primera vista apreciado, parece más de orden procesal que sustantivo, y, por lo tanto, fuera de lugar consignado, por corresponder á la ley de Enjuiciamiento la determinación de las reglas de competencia para el conocimiento de las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de las relaciones y actos jurídicos. Pero no es esa la causa ó la razón jurídica de dicha disposición.

Con ella no ha querido el legislador establecer una nueva regla de competencia ni alterar las admitidas por la ley procesal, sino dar sanción al principio de que la obligación de fianza, como accesoria que es de la principal, debe seguir el fuero de ésta, y, por lo tanto, la reclamación deducida contra el fiado debe

avocar á sí la que se dedujera después contra el fiador en vista de la excusión de bienes del primero. De lo contrario, sería dividir la continencia de la causa, dando lugar á procedimientos distintos, ante Jueces distintos también, si no hubieran de quedar sometidos á uno mismo el principal deudor y el fiador.

Eso es lo que ha querido evitar la ley estableciendo el principio de la sumisión de éste al Juez del cumplimiento de la obligación afianzada, ó sea la relación y dependencia de una y otra reclamación; declaración que no es más que una consecuencia civil de la fianza, porque si bien en ella hay dos obligaciones distintas que nacen de convenciones diferentes y que pueden tener extensión y efectos distintos, es lo cierto que están íntimamente ligadas, siendo una principal y otra accesoria y dependiendo de aquélla la existencia de ésta, puesto que hasta el incumplimiento ó la imposibilidad del pago por el principal deudor no puede empezar la efectividad de la obligación contraída por el fiador. Y esa relación de dependencia imponía la necesidad del precepto para impedir que por el silencio de la ley se estimase posible la separación é independencia en la reclamación contra uno ú otro de los obligados en ese diferente concepto.

Podrá, tal vez, decirse que esa razón no concurre en el caso de que el fiador se obligue solidariamente con el deudor, en cuyo caso puede dirigirse el acreedor primeramente contra él como codeudor, y no habría temor de la división de la continencia de la causa, entablando la reclamación ante el Juez del domicilio de aquél, por tratarse de una acción personal; pero el error en que se incurriría al sostener tal argumento es bien patente y notorio, pues la ley de Enjuiciamiento civil, al establecer en su artículo 62 las reglas de competencia por razón de la naturaleza de la acción, á falta de sumisión expresa ó tácita de las partes, da la preferencia, ante todo, cuando fueren personales las acciones ejercitadas, al lugar en que deba cumplirse la obligación, que es precisamente lo sancionado por el Código en el artículo que examinamos. Esto, aparte de que el precepto de la ley debe inspirarse siempre en las reglas generales, y no en los casos de

excepción posible, y la regla general en la fianza es la consignada en el art. 1830, según la que no puede ser compelido el deudor á pagar sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor, fuera de los casos expresamente exceptuados por la ley, y teniendo que haber ese previo procedimiento respecto del deudor, existiría por este concepto la razón de la relación de ambas reclamaciones y el peligro de la división de la continencia.

Pero ¿qué es lo que debe entenderse por lugar del cumplimiento de la obligación? El artículo se refiere evidentemente al lugar del cumplimiento de la obligación, garantida con la fianza, y así resulta de la inteligencia lógica de sus términos, pues al decir que el fiador quedará sometido al Juez del lugar donde deba cumplirse *esta obligación,* enlaza de ese modo su precepto al de la primera parte del artículo, en la que la obligación de que se habla es la que garantiza el fiador, no la propia y personal de éste.

Conformes ya en esta cuestión previa, ó sea en que la obligación á que se refiere el artículo es la garantida con la fianza, volvemos á preguntar: ¿cuál debe entenderse que es el lugar del cumplimiento de dicha obligación? ¿El del domicilio del acreedor en cuyo interés y beneficio se constituye, ó el del domicilio del fiador, que ha de ser interpelado, para el cumplimiento de la obligación citada, en defecto del principal deudor?

Entendieron lo primero los legisladores franceses, los italianos y los de otras varias naciones, á quienes siguió y copió nuestro proyecto de Código de 1851, al exigir, como hemos dicho ya, que el fiador estuviere domiciliado ó escogiese domicilio dentro de determinado territorio, y que los bienes con que había de hacerse efectivo su compromiso, en su caso, radicasen ó estuviesen sitos dentro de determinada circunscripción del Juzgado, según unos, ó del Tribunal de apelación, según otros. Pero nuestro Código, prescindiendo de la teoría del beneficio del acreedor, en que los otros se fundaban, y absteniéndose de limitaciones impropias de la libertad que debe presidir en la con-

tratación, materia reservable al interés exclusivo de las partes, ha dado solución á la dificultad con una fórmula puramente jurídica, digna de todo elogio.

Según ella, el lugar del cumplimiento de la obligación citada debe ser el que la ley designa como norma y regla general para el cumplimiento de todas las obligaciones en su art. 1171, es decir: 1.°, el que las partes hubieren designado, y 2.°, á falta de expresión de dicho lugar, el del domicilio del deudor, toda vez que no se trata de la entrega de cosa determinada, que es lo mismo que vino á establecer en nuestro antiguo derecho la ley 32, tít. 2.°, de la Partida 3.ª En su virtud, el Juez de dicho lugar es el que deberá entender en su día de la reclamación, conforme á la disposición 1.ª de la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, á falta de sumisión expresa de las partes, regla primordial para la determinación de la competencia, y á la jurisdicción del Juez que debe conocer de la efectividad de la obligación garantida es á la que ha de considerarse sometido el fiador.

Por lo tanto, la disposición que comentamos no ha introducido novedad alguna en nuestro derecho, ni ha alterado las reglas de competencia establecidas por las leyes procesales, sino que se ha limitado á sancionar, especialmente por la razón jurídica antes citada y para evitar dudas, los preceptos consignados en el enjuiciamiento civil ó en disposiciones anteriores del mismo Código.

Otra razón hay que aconseja la expresa determinación en el Código civil de la sumisión expresada; pero esta cuestión no tiene importancia entre nosotros, desde que por el decreto de unificación de fueros son sometidos á la jurisdicción ordinaria los asuntos de comercio como los civiles.

Nos referimos á la duda suscitada á los escritores franceses é italianos, y extensamente discutida por los mismos, en consideración al caso en que el fiador fuere comerciante y el principal deudor no, llegando algunos á considerar que por ser la fianza una obligación accesoria, debe ceder al fuero común, cuando

el fiador fuere comerciante, aun en el supuesto de que la fianza estuviere dada en forma mercantil, y otros, por el contrario, sostienen que deben entender en dicho caso los Tribunales de comercio, por corresponder el conocimiento á la jurisdicción especial de los mismos.

Como queda dicho, esta cuestión no tiene interés entre nosotros, pues ha desaparecido la jurisdicción privativa de dichos tribunales, siendo indiferente el que el fiador tenga ó no la cualidad de comerciante; y ni aun duda puede ofrecer dicho caso respecto á la legislación aplicable, pues sólo estará sujeta á la legislación especial y se regulará por ella la fianza, cuando ésta fuere mercantil, por concurrir los requisitos ó las condiciones á que se refiere el Código de Comercio, y en todos los demás casos se regirá por las disposiciones del Código civil.

II. *Concordancias.*—Salvas las limitaciones ya indicadas que en algunas legislaciones se registran, respecto al domicilio del fiador y á la clase y sitio en que deban radicar los bienes del mismo que garanticen su solvabilidad, concuerda este artículo con el 2018 y el 2019 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1904 y el 1905 del de Italia, con el 824 del de Portugal, con el 1500 y el 1501 del de Vaud, con el 3011 del de la Luisiana, con el 1864 y 1865 del de Holanda, con el 2241 del de Guatemala, con el 2073 del del Uruguay, con el 2350 del de Chile, con el 2217 del de Veracruz-Llave, con el 1998 del de la República Argentina, con el 1831 y el 1832 del de Méjico, con el 1722 y el 1723 del de la Baja California y con el 1831 y 1832 del de Campeche.

ARTÍCULO 1829

Si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reuna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptúase el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada.

Dos son también las declaraciones consignadas en éste como en el anterior artículo, y tan claras y explícitas son, que no requieren un extenso comentario.

En la primera de ellas, que es la principal del artículo, se establece una regla general aplicable á todas las clases de fianzas, y en la segunda, á su vez, se reconoce y admite una excepción á dicha regla, impuesta por determinada circunstancia dependiente de la voluntad de las partes contratantes, que en éste como en todos los demás contratos debe ser atendida como ley que regule las convenciones de las mismas.

La regla general indicada es que si el fiador viniese al estado de insolvencia puede pedir el acreedor otro fiador que reuna las cualidades exigidas en el artículo anterior, en el cual se previene que la persona propuesta para prestar la fianza tenga, á más de la capacidad necesaria para obligarse, bienes suficientes para cubrir la obligación que ha de garantizar. Esta regla es tan de buen sentido y tan conforme con el objeto ó fin de la fianza, que podemos decir con un autor que *está ingénita* en la naturaleza misma del afianzamiento, pues si por la obligación de garantía, que contrae el fiador, se compromete éste á cumplir la obligación principal en el caso de que no lo haga el fiado, esa seguridad que constituye el vínculo jurídico creado por la fianza desaparecería ó quedaría sin efecto, si el fiador que cayese en insolvencia, y que por tal motivo careciere de los medios de cumplir su obligación, no pudiera ser reemplazado por otro que se hallase en las condiciones de solvabilidad convenientes para asegurar la efectividad de la misma.

Si no fuese permitida esa lógica sustitución, se perjudicaría notoria y notablemente los intereses y los derechos del acreedor, pues habiendo éste contratado bajo la garantía de la fianza como condición precisa de la relación jurídica en que se establezca la obligación principal, se daría el caso de tener que resignarse á que el principal obligado fuera su único deudor, perdiendo la garantía del fiador y reduciéndose considerablemente el campo de sus acciones.

A evitar este inconveniente tiende la disposición citada, concediendo al acreedor el derecho de exigir otro fiador idóneo; y basta esta mera indicación para comprender la justificación y utilidad del precepto y la inteligencia de la disposición que le ordena.

La excepción consignada en la segunda parte del presente artículo, se refiere al caso en que el acreedor hubiera exigido y pactado que se le diera por fiador una persona determinada, en cuyo caso no vendrá obligado el deudor á sustituir ó reemplazar con otro fiador al que hubiere caído en insolvencia.

La razón es obvia y la excepción está conforme con los buenos principios jurídicos, pues en ese caso no es el deudor quien elige ó designa el fiador, y, por lo tanto, no está obligado á responder de su solvabilidad ni de sus demás condiciones.

En el caso de que el fiador fuera propuesto por el principal deudor, responde éste de la solvabilidad del mismo, porque el fiador dado, por razón de la garantía que presta, debe ser solvente, no sólo en el momento en que se da la fianza, sino también después, hasta la extinción del débito, y por eso debe reemplazar con otro al insolvente para que sea eficaz dicha garantía; pero cuando el fiador es personalmente designado por el acreedor, no tiene que responder de la solvabilidad de aquél al tiempo en que la seguridad es dada, toda vez que al designarlo el acreedor es porque le merece crédito suficiente para ello, y del mismo modo tampoco debe responder de la insolvencia que después pudiera sobrevenir al fiador, porque la responsabilidad de la elección, y, por lo tanto, de la contingencia ó accidentes que sean consecuencia de ella, recaen sobre el acreedor que hizo dicha elección.

Este es el fundamento jurídico ó la razón legal de la excepción citada, la cual resulta plenamente justificada con las indicaciones precedentes sin necesidad de más extensa demostración.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 2020 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1906 del de Italia,

con el 1866 del de Holanda, con el 1502 del de Vaud, con el 3012 del de la Luisiana, con el 2033 del de Bolivia, con el 2074 del del Uruguay, con el 2349 del de Chile, con el 2001 del de la República Argentina, con el 2219 del de Veracruz-Llave, con el 1718 del de la Baja California y con el 1835 del de Méjico.

CAPITULO II

De los efectos de la fianza.

Como su epígrafe revela, conságrase el presente capítulo á la exposición de las disposiciones que regulan los efectos jurídicos de la fianza; y, según veremos por el sucesivo estudio de los diversos artículos que comprende cada una de las diferentes secciones en que se halla dividido, sus preceptos resultan ajustados cuidadosamente á la índole de este contrato especial y á las peculiares relaciones jurídicas que del mismo se derivan, respecto de las diversas personas á quienes afectan sus consecuencias ó que en él intervienen.

Por razón de esas personas, desde luego se comprende que el contrato de fianza tiene que producir sus efectos con relación á tres órdenes distintos de sujetos, activos ó pasivos, de la convención.

En efecto, refiérense unos á la relación jurídica que media entre el fiador y el acreedor; otros se contraen á la que existe entre el deudor y el fiador, y otros hacen relación al vínculo que une á los fiadores entre sí, cuando son más de uno los que garantizan el cumplimiento de la obligación principal.

La primera de esta clase de efectos es la principal y fundamental, porque en ella estriba propiamente la fianza. Por eso el Código se ocupa en primer término de ellos, constituyendo éstos el objeto y la materia de la primera de las tres secciones de que consta el capítulo. Las otras dos están respectivamente consa-

gradas á la regulación de los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador, y entre los cofiadores.

En la necesidad de abreviar todo lo posible nuestro trabajo por la extensión que involuntariamente va adquiriendo el mismo, debido al deseo que nos ha guiado de aclarar cuanto sea posible el concepto de las disposiciones del Código, para evitar dudas en la inteligencia del nuevo derecho, pasamos, desde luego, sin más observación preliminar, al examen de las disposiciones que dichas secciones comprenden.

SECCIÓN PRIMERA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

ARTÍCULO 1830

El fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.

I.—*Concepto jurídico del beneficio de orden ó de excusión.*— Como la fianza es un contrato accesorio, sus efectos tienen que tener también este carácter, dependiendo en su consecuencia, del cumplimiento de la obligación principal, la contraída por el fiador, pues según que sea cumplida ó no por el deudor la que es objeto de la fianza, así serán distintos los resultados ó consecuencias que el contrato haya de producir con el fiador. Este, por virtud dela fianza, se obliga á cumplir, en defecto del deudor, la obligación contraída por éste, y, por tanto, si el primer obligado paga el débito ó cumple la obligación afianzada, quedará exento de toda responsabilidad y la fianza no habrá producido para él más efecto queel haber estado sujeto á la eventualidad del incumplimiento del fiado para responder por él en su caso. Por el contrario, si el principal deudor no cumple su compromiso, tendrá que pagar el débito por aquél, puesto que desde el momento de la constitución de la fianza queda obligado á ello, siendo éste el primero y principal efecto que aquélla produce entre el fiador y el acreedor.

Pero no basta decir que el fiador, por el incumplimiento del deudor, queda obligado á pagar el débito ó á realizar lo que debía hacer el principal obligado, sino que es preciso determinar bien el concepto de esa obligación ó los límites de ese efecto de la fianza para apreciar jurídicamente, y sin error, cuándo empieza y hasta dónde alcanza la carga impuesta al fiador de responder por el fiado. Y al primero de estos objetos responde la declaración hecha en el presente artículo.

Según ella el fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor; y el beneficio concedido á aquél por este precepto es conocido en derecho con el nombre de beneficio de excusión ó de orden.

Es indudable que el fiador, como garantizador de la obligación asegurada con la fianza, se constituye en segundo deudor de ella, y se encuentra en la misma condición que el primero respecto al acreedor; pero esto no obstante, por ser subsidiaria su obligación, sólo puede venir obligado á su cumplimiento en el caso de absoluta imposibilidad por parte del deudor para cumplirla. De este principio, base del precepto consignado en el artículo que examinamos, se deduce el beneficio antes citado, que consiste en el derecho del fiador para eludir el pago mientras no se haya hecho excusión de los bienes del deudor principal. Y como debe atenderse igualmente á los intereses del acreedor que á los del fiador para hacer efectivo dicho beneficio será necesario oponerlo luego que aquél requiera de pago á éste, y deberán á la vez señalarse bienes del deudor en cantidad suficientes para cubrir todas las responsabilidades de la deuda.

Una vez cumplidos estos requisitos, la negligencia del acreedor en verificar la excusión, dañará á él sólo sin que el fiador tenga por qué responder de más cantidad que de la que excediere el débito de la representada por los que designara al tiempo de oponer el beneficio ó después de su oposición; cuya regla se halla establecida para que no pueda dañar á éste la falta de diligencia del acreedor.

En el antiguo derecho romano, podía el acreedor dirigirse

desde luego contra el fiador para compelerle al pago, prescindiendo del deudor principal; pero Justiniano, comprendiendo lo injusto de esta facultad, autorizada por las leyes 1.ª y 5.ª, título 42, libro 8.º del Código, concedió á los fiadores en la Novela 4.ª, capítulo 1.º, el beneficio establecido en el texto que comentamos y que se llamó unas veces beneficio de *orden*, por consideración al que había de observarse en la reclamación relativa al cumplimiento ó efectividad de la obligación garantida, y otras, recibió el nombre de beneficio de *excusión*, porque antes de compelerse al fiador al pago debía ser ejecutado ó *excutido* el deudor en sus bienes.

La ley 9.ª, título 12 de la Partida 5.ª, reprodujo dicho principio tomándolo de la legislación romana, y constantemente venía sancionándolo la jurisprudencia anterior á la publicación del Código, hasta el punto de que, aun cuando resultara insolvente el deudor en las diligencias practicadas para tal excusión, no bastaba esto para dirigir desde luego la reclamación contra el fiador, pues si dicha insolvencia era simulada y debida á haberse enajenado fraudulentamente los bienes del deudor, no era suficiente dicha excusión, sino que había que llegar hasta solicitar la rescisión de las enajenaciones que se hallasen en tal caso.

Así lo declaró también el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de Marzo de 1891, en la que se estableció la doctrina de que no procede que el acreedor demande al fiador, sin apurar antes todos los recursos legales respecto del deudor, y entre ellos el de pedir la rescisión de la enajenación fraudulenta que éste hubiese realizado, y que, por reducirle á la insolvencia, hiciera imposible que pagase el débito.

Esta sentencia y algunas otras que pudieran citarse y que sentaron la misma doctrina, antes y después de ser publicado el nuevo cuerpo legal, determinan la extensión del beneficio mencionado, y, por lo tanto, no bastará para estimar agotado el procedimiento, y por terminada la excusión, la práctica de determinadas diligencias de investigación llevadas á cabo para la busca de bienes del deudor ó para la justificación de su insolvencia,

sino que hay que agotar todos los recursos legales contra el principal obligado, como dice la sentencia citada, siendo esta la verdadera inteligencia del presente artículo.

La razón jurídica de su precepto es tan clara y manifiesta, que basta lo dicho para comprenderla sin más explicación, pues al estudiar los efectos que la fianza produce entre el fiador y acreedor, lo primero que ocurre apreciar es cuándo será obligado aquél á pagar por el deudor, puesto que este es el primero y el más esencial de dichos efectos. Y teniendo en cuenta el carácter subsidiario de esa obligación, la sola razón natural indica desde luego que sólo puede ser compelido el fiador cuando el principal obligado se hallare en imposibilidad *verdadera* de hacerlo por sí.

II.—*Cuándo debe oponerse dicho beneficio.*—Los autores sostienen que el fiador deberá invocar el beneficio de orden ó de excusión antes de la contestación de la demanda y en forma de excepción dilatoria, porque después de contestada la demanda ya no puede tenerse en cuenta. Esto dió origen á una cuestión sobre cuya solución discuten los tratadistas. Tal es la de si podría oponer el beneficio de orden el fiador si después de seguirse válidamente el procedimiento contra él, por haberse hecho excusión de bienes del deudor, llegase éste á hacerse rico ó á poseer bienes con que poder realizar el pago en todo ó en parte.

Unos sostienen que no, porque no habiéndose propuesto en tiempo oportuno la excepción, ó sea en el trámite del juicio señalado por la ley para dicho efecto, no puede ser propuesta ya ó no debe admitirse si se propusiere, no quedando más remedio al fiador que pagar y repetir contra el deudor. Otros, y entre ellos Gutiérrez, opinan que podría utilizarse en dicho caso el beneficio citado, fundándose para ello en que aun cuando las excepciones dilatorias deben proponerse antes de la contestación á la demanda, ha de entenderse esto respecto de aquellas excepciones *nacidas ya,* y de ningún modo puede exigirse la presentación en tal estado del juicio de las que no existieren á la sazón, y

tuvieren su origen en hechos posteriores á la contestación de la demanda.

Entendemos que la solución es esta última, pero no por la razón que se alega, pues ésta sería aplicable á todas las excepciones dilatorias, y con el mismo fundamento podría pedirse que se admitieran fuera de aquel trámite. La causa de la cuestión citada, estriba en la confusión que se padece en cuanto al concepto del beneficio de excusión ó de orden, el cual no es una verdadera excepción dilatoria, en el sentido que dicho término tiene en el tecnicismo procesal, y por eso no dice la ley que podrá *excepcionarse* ese beneficio, en tal concepto, al enumerar en el artículo 533 de la de Enjuiciamiento civil, las únicas excepciones dilatorias admisibles en juicio. A lo sumo, sería una excepción perentoria, la *sine actione agis,* por estar pendiente la acción producida por el contrato á favor del acreedor contra el fiador de un hecho no existente á la sazón, ó de una condición no cumplida, cual es la insolvencia del principal deudor, y siendo un hecho nuevo en el juicio la vuelta de éste á mejor fortuna, podría ser alegado en el primer período del término de prueba por medio del correspondiente escrito de ampliación, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 563 de la mencionada ley procesal.

Pero no se trata de esto, pues el beneficio de excusión, ni es una verdadera y propia excepción ni es el juicio declarativo el procedimiento adecuado en la generalidad de los casos para hacer efectivo del fiador el crédito ó la obligación garantida con la fianza, en el caso de no poder cumplirla el deudor.

En efecto, dicho beneficio no es una excepción dilatoria reservada como todas para el juicio declarativo correspondiente, sino un derecho concedido por la ley al fiador, para obligar al acreedor á que reconvenga primero al deudor principal y haga excusión de los bienes de éste: derecho que no se *excepciona* sino que se *opone* á la reclamación deducida contra el beneficiario, ó sea contra el fiador, cual corresponde á la naturaleza propia de dicha reclamación; porque, fuera de los casos de controversia en que sea discutida la obligación de fianza ó su eficacia y virtua-

lidad, no se requiere para hacer efectiva la responsabilidad del mismo, un juicio en que se declare obligado al fiador á cumplir el compromiso contraído ó se le condene á cumplirlo, sino que, aparte los casos de excepción indicados, en la generalidad de las reclamaciones, perseguido el deudor en primer término inútilmente ó entablada la ejecución por su insolvencia contra el fiador al ser requerido éste para el pago, entonces será la ocasión, no de *excepcionar*, sino de *oponer* el beneficio referido, si no se hubiere hecho la necesaria excusión.

De lo expuesto resulta que no constituyendo dicho beneficio una mera excepción dilatoria, puede ser opuesto el mismo en todo tiempo, sin limitación alguna y en cualquier estado en que se halle el procedimiento dirigido contra el fiador; y, por lo tanto, si después de entenderse válidamente la reclamación con el fiador por la insolvencia del deudor viniere éste á mejor fortuna, podrá oponerse eficazmente el beneficio de excusión, siempre que se acompañe alguna justificación de ello, y surtirá desde luego el efecto de suspender el procedimiento contra aquél hasta conocer el resultado de las nuevas diligencias, pues probada la existencia de bienes suficientes del deudor y hecha efectiva con ellos la deuda, cesa por ministerio de la ley la obligación *subsidiaria* de aquél.

Réstanos decir que, como veremos al estudiar el art. 1834, puede oponerse el beneficio de inventario incluso en el caso de ser citado el fiador juntamente con el deudor principal, y aunque se hubiere dado sentencia contra ambos.

III.—*Concordancias.* —Concuerda el presente artículo con el 2021 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1907 del de Italia, con el 1868 del de Holanda, con el 1503 del de Vaud, con el 3014 del de la Luisiana, con el 1355 y el 1356 del de Austria, con el 2227 del de Guatemala, con el 2078 del del Uruguay, con el 2221 del de Veracruz-Llave, con el 2357 del de Chile, con el 2012 del de la República Argentina, con el 830 del de Portugal, con el 1725 del de la Baja California, con el 1841 del de Méjico, y con el 771 del de Alemania, en el que terminantemente

se declara que el fiador podrá negarse á pagar al acreedor mientras éste no haya intentado sin éxito contra el deudor una ejecución forzosa, concediéndosele el mismo beneficio por el artículo 770, mientras el deudor principal tenga derecho á pedir la anulación del acto jurídico en que se funda la obligación, ó mientras pueda el acreedor compensar su crédito con otro vencido del deudor principal, disposición que á nuestro juicio pueden dar lugar á graves cuestiones en la práctica.

ARTÍCULO 1831

La excusión no tiene lugar:

1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente á ella.

2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.

3.º En el caso de quiebra ó concurso del deudor.

4.º Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

II. *Razón jurídica del artículo.*—En el comentario del artículo anterior hemos visto la necesidad, derivada de la naturaleza subsidiaria de la obligación del fiador, de hacerse excusión de los bienes del deudor principal antes de entablar reclamación alguna contra aquél. Pero esta regla, á pesar de los amplios términos de su precepto, no es tan absoluta que no admita excepción alguna, pues por el contrario, hay casos en que la ley no ha tenido más remedio que reconocer la falta de aplicación del beneficio de excusión, ya por las condiciones en que la fianza se prestó, ya por otras causas no menos atendibles.

La expresión de esos casos de excepción es el único objeto del presente artículo, y basta su enumeración para comprender la razón y el fundamento de cada uno de ellos.

Tiene lugar el primero, cuando el fiador hubiere renunciado á dicho beneficio, pues el derecho nacido de él, á favor del fia-

dor, para que se reconvenga antes que á él al deudor principal y se haga completa excusión de sus bienes, es renunciable como todos los derechos concedidos por las leyes, á no ser que resulte contra el interés ó el orden ó en perjuicio de tercero, según se preceptúa en el párrafo 2.° del art. 4.° de este Código. En ese caso, renunciado el beneficio, falta base y objeto para la excusión por los términos en que el fiador contrajo su obligación, y la que se hiciera no tendría finalidad alguna. Por lo tanto, está bien justificada dicha excepción; y lo único que puede exigirse respecto de ella, es que se haga *de una manera expresa* la renuncia para que no haya lugar á duda, pues tratándose de un beneficio concedido en favor del acreedor principal, es preciso que conste de una manera cierta y explícita su voluntad en contrario.

Por eso dice el Código al establecer esta excepción, que se haya renunciado *expresamente* á la excusión por el fiador, que es el único interesado en ella. En su virtud, no bastará para dejar de *excutir en sus bienes* al fiado, como decían nuestras antiguas leyes, ni la renuncia tácita ni la implícita que pudiera deducirse ó derivarse de los actos del fiador. Tiene sus precedentes legales esta excepción en el derecho romano, en la ley última del título 3.°, libro 2.° del Código.

El segundo de los casos consignados en el artículo, es el de haberse obligado solidariamente el fiador con el deudor, y tampoco puede ofrecer duda ninguna su procedencia y justificación, porque entonces, por virtud de los mismos términos en que se contrae la obligación de fianza, cambia el carácter de la misma, toda vez que de subsidiaria pasa á ser solidaria, convirtiéndose con ello el fiador en un verdadero codeudor principal, lo mismo que el fiado. Dicha excepción se halla reconocida también en el párrafo 2.° del art. 1822, en el que se establece, como se recordará, que en dicho caso, en vez de seguirse las reglas y prescripciones propias del contrato de fianza, se observará lo dispuesto en la sección 4.ª, capítulo 3.°, tít. 1.° de este libro, respecto de las obligaciones solidarias. Por lo tanto, dejando de ser fiador por convertirse en deudor principal, no puede invocar el

beneficio de orden que ha renunciado al obligarse *in solidum* con el fiado.

Esta doctrina se halla claramente consignada por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en una de 30 de Septiembre de 1870, en la que se declara que «cuando uno se constituye fiador de otro y obligado solidariamente, estableciendo que el acreedor puede dirigirse contra el deudor y el fiador juntos, ó contra cualquiera de ellos por el total de la obligación, sin ser necesario hacer antes excusión de los bienes del otro, es incuestionable que el acreedor *puede* pedir al fiador el cumplimiento de la obligación con arreglo á la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 10, tít. 12 de la Partida 5.ª»

La declaración de jurisprudencia hecha en la sentencia citada, prueba que el beneficio de excusión no es indispensable en la fianza, sino potestativo y renunciable, y, por lo tanto, renunciando á sus efectos puede el fiador obligarse solidariamente con el deudor, siendo en dicho caso innecesaria la previa excusión en cuanto á éste.

Más breve hemos de ser respecto de la tercera de las excepciones objeto de este comentario, pues hallándose, en este caso, afectos todos los bienes del deudor á un concurso ó quiebra, cualquiera de dichas declaraciones acredita por sí sola el estado de insolvencia del fiado, y no hay necesidad de una previa excusión para comprobarla. No existiendo bienes libres para hacer con ellos efectivo su crédito, no puede obligarse al acreedor á estar á las resultas del juicio universal como los otros que carezcan de la garantía que le proporciona la fianza: y por eso la ley le autoriza para deducir desde luego su demanda contra el fiador, al vencimiento de la obligación, sin necesidad de la excusión mencionada, pues de lo contrario, se le perjudicaría en su derecho haciéndole de la misma condición de los demás acreedores.

Además, dicha excepción se impone como necesaria para evitar los perjuicios y los abusos que pudieran ocasionarse por parte de los deudores de mala fe.

La cuarta de las excepciones mencionadas en el artículo, tiene precedentes en el derecho romano (1), y también en la legislación patria (2), y resulta igualmente justificada como las anteriores, porque si en el caso de no poder ser demandado el acreedor judicialmente dentro del Reino, se obligara á los acreedores á hacer la excusión de sus bienes, resultaría ésta imposible, y aun en el caso de que pudiera realizarse, no habría derecho para imponer al acreedor las dilaciones y gastos que habrían de originarse de tener que acudir á demandar al deudor fuera de su país. Esto, aparte de que, como ha dicho un autor, «la fuga de los deudores le privaría á la vez del crédito y de la garantía fiduciaria».

Con motivo de esta excepción, se ocupan los tratadistas de una cuestión que tiene alguna relación con la causa de ella, y esto nos obliga á hacer una ligera indicación sobre la misma. En efecto; dícese por algunos: aun cuando el deudor no se halle en el caso de no poder ser demandado judicialmente dentro del Reino, que es el caso á que se refiere el núm. 4.° del presente artículo, si estuviere ausente del lugar en que deba ser demandado y por tal motivo no pudiera ser compelido al cumplimiento de su obligación, ¿le será permitido al fiador, reconvenido en su defecto, pedir al Juez un plazo para presentarle antes de responder por él, suspendiéndose en el entretanto los procedimientos contra el fiador?

La opinión más general y fundada admite la solución afirmativa como la más jurídica, hallándose autorizada ésta en la legislación anterior á la publicación del Código; y aun en éste se llega todavía á más, pues en el art. 1832 se faculta al fiador para designar, con objeto de eximirse de la responsabilidad de la fianza, bienes del deudor realizables dentro del territorio español en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda, prescindiendo por completo de que el fiado esté presente ó ausente,

(1) V. cap. 1.° de la Novela 4.ª

(2) V. ley 9.ª, tít. 12 de la Partida 5.ª

y dentro ó fuera del territorio ó lugar en que deba cumplirse la obligación afianzada.

A más de los cuatro casos de excepción enumerados en el artículo que examinamos, hay que tener en cuenta otro admitido por la ley por motivo distinto, aunque limitado á la fianza judicial, pues, según preceptúa el art. 1856, el fiador en dicho caso no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal, ni el subfiador la del deudor ni la del fiador.

II. *Concordancias*.—Este artículo concuerda con el 2021 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1907 del de Italia, con el 1503 del de Vaud, con el 3014 del de la Luisiana, con el 2034 del de Bolivia, con el 1869 del de Holanda, con el 1355 y 1356 del de Austria, con el 2288 del de Guatemala, con el 2079 del del Uruguay, con el 2358 del de Chile, con el 2013 del de la República Argentina, con el 830 del de Portugal, con el 1843 del de Méjico y con el 773 del alemán, en el que se establece que no procederá el beneficio de excusión en los casos siguientes:

1.° Cuando el fiador renuncia á esta excepción, y especialmente cuando haya declarado querer someter su voluntad á que se le tenga por deudor principal. (Casos 1.° y 2.° de nuestro artículo 1831.)

2.° Cuando el procedimiento judicial contra el deudor principal se haya hecho muy difícil por consecuencia de un cambio del domicilio industrial, ó de la residencia del deudor principal ocurrida después de la fianza. (Caso equivalente, aunque no idéntico, al 4.° de nuestro Código.)

3.° Cuando el deudor principal sea declarado en quiebra. (Caso 3.° del artículo que examinamos, si bien reducido á la quiebra); y

4.° Cuando la ejecución forzosa sobre los bienes del deudor sea insuficiente para pagar al acreedor. (Caso no consignado en nuestro Código, pero que se deriva de la naturaleza de la obligación de fianza, pues por ella el fiador paga ó cumple lo que el deudor debía hacer en su totalidad ó *en la parte* en que el fiado esté imposibilitado de cumplirla.)

En los casos de los núms. 3.º y 4.º que acabamos de consignar, será admisible, sin embargo, la excepción en cuanto el acreedor pueda hacerse pago en una cosa mueble del deudor principal, sobre la que tenga un derecho de prenda ó de retención; en cuyo caso, se aplicará lo dispuesto en el inciso 2.º del párrafo 2.º del art. 772 de dicho Código, en el que se ordena que entonces se hará pago, procediendo contra la cosa sobre que tenga el derecho de prenda ó de retención.

ARTÍCULO 1832

Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

Impónese en este artículo al fiador la obligación de oponer el beneficio de excusión luego que se le requiera para el pago, sin esperar á ningún otro trámite ni á ningún otro estado de la reclamación, á fin de evitar al acreedor el daño injusto ó el perjuicio de tener que sostener una reclamación baldía contra el fiador si después de ella, ó durante su sucesivo curso, había éste de utilizar el indicado beneficio. Y hasta tal punto lleva esa exigencia, que de no hacerlo así le priva de los efectos de dicho beneficio al fiador.

La disposición citada ha venido á aclarar y solucionar una cuestión que no estaba bien determinada en nuestra anterior legislación. Los intérpretes y expositores de ella, al llegar á este punto, sostenían la opinión mantenida por algunos Códigos extranjeros, como sucede hoy en el de Méjico (1), de que el fiador cuando oponía al acreedor el beneficio de orden ó de excusión, debía, no sólo designar bienes suficientes del deudor, sino tam-

(1) Véase art. 1845, núm. 3.º

bién adelantarle los fondos necesarios para hacer la correspondiente excusión. No existía en nuestro derecho texto legal alguno en que apoyar dicha inteligencia, pero la opinión estaba bastante extendida; y comprendiendo los autores del Código la falta de justicia de dicha exigencia, prescindió de ella á pesar del antecedente que le ofrecía el art. 1745 del proyecto de 1851, y se limitó á establecer el deber de oponer el beneficio desde un principio, designando bienes del deudor en la forma dicha, sin imponer obligación alguna respecto á provisión de fondos. Por lo tanto, si el fiador los anticipase, para facilitar las diligencias necesarias para ello, lo haría voluntariamente y no por mandato de la ley.

El precepto que examinamos se funda, además, en la necesidad de no atender sólo á los intereses del fiador, sino también á los del acreedor, pues por muy favorable que sea para el primero la razón de la ley al establecer el beneficio de que nos ocupamos, es lo cierto que no por ello debe desatenderse el interés del acreedor hasta el punto de no ponerse justos límites á dicho beneficio, porque de no limitarse ó reglamentarse su ejercicio, vendría á hacerse casi ilusoria la fianza. Por eso se impone al fiador la obligación de oponer el beneficio enseguida de ser requerido de pago, es decir, desde que ejercita el acreedor las acciones contra él correspondientes, y no por la razón alegada por algunos autores, que, confundiéndole con las excepciones dilatorias, sostienen que la causa de ello es que dicha excepción, como todas las de su clase, debe ser propuesta *á limine litis*, ó sea antes de la contestación de la demanda, entendiéndose renunciado el beneficio por el que así no lo hiciera. Sobre esto hemos dicho ya lo bastante en el comentario del art. 1830, y no necesitamos insistir sobre ello para refutar esa teoría.

Según terminantemente se expresa en el artículo objeto de estas consideraciones, no basta que el fiador oponga el beneficio de excusión en tiempo, ni que al hacerlo designe bienes del deudor para hacer efectiva con ellos la deuda, sino que además es preciso que se cumpla otra condición, cual es la de que esos

bienes sean *realizables* y estén sitos en territorio español, lo cual resulta, no sólo lógico, sino también justo, porque la excusión de bienes situados á gran distancia sería larga y en extremo embarazosa, y si no opuesta, no muy conforme con el fin de la fianza, que es, á la vez que asegurar el cumplimiento de la obligación afianzada, facilitar al acreedor los medios de conseguirlo sin trabas ni entorpecimientos. Lo mismo puede decirse de los bienes que no sean fácilmente realizables, y como el fiador es el único á quien aprovecha la excusión y el más interesado en evitar dificultades en su realización, por eso es él quien debe hacer el señalamiento de los bienes en que haya de llevarse á cabo el cobro, siendo indudable la conveniencia para el mismo de que los bienes que designe tengan las condiciones indicadas para facilitar el pago del débito, por cuyo medio ha de librarse de la obligación subsidiaria propia de la fianza.

No es nuevo en nuestro derecho el criterio en que se ha inspirado la nueva ley al establecer esa prevención, pues tiene precedentes en la ley 8.ª, tít. 12 de la Partida 5.ª, y también los tiene en el Derecho romano, en el párrafo 4.º, tít. 21, libro 3.º de la Instituta. El proyecto de Código de 1851 también consignó un precepto análogo en su art. 1745, si bien en él se imponía al fiador, como ya hemos indicado, la obligación de anticipar la cantidad necesaria para hacer la excusión, siguiendo la opinión de los intérpretes á que antes nos hemos referido, y en su párrafo 2.º se prohibía que se señalasen para hacer la excusión bienes gravados, litigiosos ó sitos fuera del territorio de la Audiencia en que debiera hacerse el pago, ó que no estuviesen poseídos por el deudor aunque hubieren sido hipotecados para la seguridad de la deuda.

Concordancias.—El artículo que examinamos concuerda sustancialmente con el 2022 y el 2023 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1908 y 1907 del de Italia, con el 1870 y el 1871 del de Holanda, con el 1503 y el 1504 del de Vaud, con el 3014 y el 3015 del de la Luisiana, con el 2082 del del Uruguay, en parte con el 2358 y 2359 del de Chile, con el 2015 del de la República

Argentina, con el 2223 y el 2224 del de Veracruz-Llave, con el 832 y el 833 del de Portugal, con el 1845 del de Méjico y el 1729 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1833

Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte.

En los tres artículos anteriores ocúpase el Código del beneficio de orden ó de excusión, como consecuencia del primero y principal efecto de la fianza, en cuanto á las relaciones jurídicas nacidas de dicho contrato entre el fiador y el acreedor, así como de los casos en que no es posible su ejercicio, y el tiempo, forma y condiciones en que debe ser utilizado para que pueda aprovecharse de dicho beneficio el fiador, y en el precepto que pasamos á examinar se completa la teoría, determinando los efectos de la interposición en forma del mismo.

Esos efectos son: para el fiador, libertarle de la obligación de pagar por el deudor la deuda garantida, hasta que, hecha la excusión en los bienes idóneos designados por el mismo ó en los demás que pudiere designar, si no bastaren los primeramente señalados, resultare no haberse podido hacer efectivo el débito en todo ó en parte, reduciéndose parcialmente dicha obligación á la diferencia entre el importe de lo debido y el de lo pagado, en el caso de que el producto de los bienes mencionados no hubiese sido suficiente para cubrir en su totalidad la cantidad á que ascienda la responsabilidad del fiador. Y en cuanto al acreedor, los efectos de la oposición del beneficio, cuando se han cumplido las formalidades exigidas por la ley, se reducen á hacerle responsable de la insolvencia del deudor hasta donde alcancen los bienes designados si hubo negligencia por su parte en la ex-

cusión de los mismos y por su descuido resultase dicha insolvencia.

Es decir, que así como en el art. 1832 se atendía á los intereses del acreedor y se procuraba la seguridad del mismo, en éste se atiende, por el contrario, á los del fiador para que no sea víctima de la incuria del acreedor. De la negligencia de éste no puede hacerse responsable nunca al fiador, porque él no es culpable de ella, ni ha dado ocasión á la misma, ni aun sin intención.

Basta esta indicación para comprender la justicia del precepto, pues de lo contrario, sabiendo el acreedor que en todo caso tenía asegurado el cobro de su crédito con la fianza, podría descuidarse demorando la excusión y dando lugar con ello á la insolvencia del deudor, en cuya virtud se inferían perjuicios indebidos al fiador si tuviera que responder de esa insolvencia, empeorándose ó agravándose considerablemente su situación. Además, si el acreedor no tuvo toda la actividad necesaria en perseguir á su deudor y por ello llegó á hacerse insolvente el mismo, el daño resultante de esa negligencia debe imputarse á dicho acreedor y sufrirlo él solo y no el fiador, que por su parte cumplió los deberes que la ley le imponía señalando bienes del deudor en que hacer la debida excusión.

Las mismas razones de justicia, que hacen recaer sobre el acreedor las consecuencias de su descuido ó de su falta de actividad, exigen y requieren con igual apremio que esa responsabilidad del fiador, motivada por su incuria ó negligencia, no se extienda más allá del perjuicio que causó, ó sea del importe de los bienes cuya excusión no pudo hacerse por su culpa. Por lo tanto, si dichos bienes no alcanzaban á cubrir la responsabilidad del fiador éste deberá satisfacer el resto, si no se encontraren otros bienes del deudor distintos de los designados para dicha excusión, pues no es justo extender las consecuencias de la negligencia del acreedor más allá de donde termina su culpa.

Esto mismo es lo que se establece en el presente artículo, y por lo tanto, su disposición resulta plenamente justificada. Pero

esta no sólo es justa, sino que también muy conveniente y oportuna, pues de no hacerse esa declaración en la ley, como la idea esencial de la fianza es que el fiador ha de cumplir la obligación principal en defecto del deudor, podría ocurrirse á cualquier acreedor hacerle responsable de ella, aun en el caso de insolvencia del fiado, motivada por negligencia del mismo reclamante.

No creemos que pueda suscitar duda ninguna la inteligencia de este artículo, y ocioso resulta el insistir más en su comentario.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 1872 del Código de Holanda, con el 2225 del de Veracruz-Llave, con el 3016 del de la Luisiana, con el 2024 de los de Francia y Bélgica, con el 1910 del de Italia, con el 1505 del de Vaud, con el 1850 del de Méjico, con el 2018 del de la República Argentina, con el 2365 del de Chile, con el 1734 del de la Baja California, con el 2082 del del Uruguay, con el 1850 del de Campeche, y con algunos otros.

ARTÍCULO 1834

El acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre á salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos.

Antes de ahora nos hemos ocupado ya de la disposición contenida en este artículo, la cual se halla tan conforme con los principios generales del derecho que no ofrece dificultad alguna su justificacióa.

Por razones de economía en el tiempo y en los gastos de la reclamación, puede la ley autorizar sin inconveniente alguno jurídico que á la vez dirija el procedimiento el acreedor contra el deudor y el fiador, sin que por ello se altere el orden ni la naturaleza de sus respectivas responsabilidades, citando conjuntamente á ambos al interponer su reclamación al primero; pero

desde luego se comprende, que esa facultad concedida por la ley, no puede mermar en lo más mínimo los derechos propios del fiador, y por eso previene la misma que en dicho caso quedará siempre á salvo el beneficio que á aquél corresponde en todos los casos, cuando no se halle comprendido el contrato en algunas de las excepciones establecidas expresamente en el art. 1831 ó en el 1856.

Los términos con que comienza el precepto consignado en este artículo, pudieran suscitar alguna duda respecto á si es ó no necesaria y obligatoria la comparecencia del fiador en el juicio, en el caso de que el acreedor, haciendo uso del derecho que le es concedido en el mismo, hiciese citar á aquél al demandar al deudor principal; pero bien estudiado dicho artículo, viénese desde luego en conocimiento de que la citación pedida por el actor no obliga al fiador á comparecer, por ser en él potestativo el hacerlo ó no, y podrá personarse ó dejar de hacerlo, una vez citado, sin que pueda obligársele á ello ni seguirse el apremio contra él en su rebeldía, porque según el art. 1830, todavía no ha llegado el caso de ser exigible la obligación contraída por el mismo.

Así lo demuestran, además de la razón indicada, las palabras *aunque se dé sentencia contra los dos* con que termina el artículo, pues es sabido que sólo se puede dictar sentencia contra los que *son parte* en el juicio, aunque sus efectos puedan alcanzar en algunos casos á otras terceras personas. Por lo tanto, para que se dé sentencia contra el deudor y el fiador, es preciso que ambos hayan comparecido en el juicio, y al admitir que hay casos en que puede dictarse sentencia contra los dos, implícitamente se reconoce la posibilidad de otros en que no se haga así, sino que la resolución judicial se limite al primero, lo cual sólo puede tener lugar en el caso de que no se persone el fiador: luego no es obligatoria en él la comparecencia, sino potestativa, como tenemos dicho ya. Por eso no emplea la ley la palabra *emplazar* sino *citar*, cuyos efectos en el orden procesal son bien distintos.

No por eso deja de tener objeto esa diligencia ni de surtir efecto la falta de comparecencia cuando es citado el fiador á la vez que se demanda al deudor, pues de no venir á los autos, no podrá alegar las excepciones ó los reparos que, según veremos más adelante, puede oponer á la obligación principal, sino que dictada la sentencia contra el fiador, declarando la validez y eficacia de dicha obligación ó mandando hacerla efectiva, no tendrá más remedio que cumplirla, si el fiador no pudiera, previa excusión de sus bienes, sin que sea posible abrir un nuevo juicio sobre la virtualidad y efectividad jurídica de la obligación citada. Por el contrario, si acude ó se persona en el procedimiento, y por parte se le tiene en él, podrá utilizar todos los recursos y todos los medios que las leyes le conceden para oponerse á dicha obligación principal.

Resulta, pues, que la facultad concedida por el presente artículo, no sólo redunda en beneficio del acreedor, sino también del fiador. Este se encuentra en igualdad de circunstancias que el *citado de evicción* en juicio, en que pueda haber lugar á ella, y así como en dicho caso el citado puede comparecer *si quiere* en el procedimiento por virtud de dicha citación, y tomando á su cargo, por decirlo así, la defensa del demandado utilizar todas las excepciones que á éste correspondan ó procedan en impugnación de la demanda, quedando obligado á estar y pasar por la sentencia que recayere si así no lo hiciere, del mismo modo el fiador, *citado* á la vez que el deudor, puede acudir al juicio y oponerse á la ejecución ó á la demanda, haciendo uso de los medios legales, que tanto á él como al deudor correspondan, y si dejare de personarse perderá ese derecho, y le perjudicará la negligencia ó la defectuosa defensa que de su derecho hiciere el fiado.

Este es el verdadero sentido del precepto que examinamos. Sin embargo, no todos lo entenderán así quizás, y aun algún Código equipara dicha citación al emplazamiento en cuanto á sus fines y efecto. El Código prusiano, por ejemplo, en su art. 311, título 14, parte 1.ª, disponía que «la sentencia dada contra el deudor, es común al fiador, cuando los dos han sido emplazados

á un mismo tiempo»; es decir, que en vez de la *citación* del fiador, exigía dicho Código el *emplazamiento;* pero en el vigente del imperio alemán, ha desaparecido dicho precepto, que en pugna se halla en la actualidad con las modernas tendencias del derecho en este punto, y con las más recientes prescripciones procesales.

La doctrina sancionada en el artículo objeto del presente comentario, al dejar á salvo el beneficio de excusión ó de orden en el caso de ser citado el fiador al demandarse al deudor, aun cuando se dé sentencia contra los dos, se halla conforme con lo dispuesto por la ley 9.ª, tít. 12 de la Partida 5.ª, y con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 20 de Abril de 1886, en la que se declara que por ser la fianza un contrato subsidiario y condicional, «el derecho del acreedor *para demandar en juicio* al fiador no nace, ni puede realizarse legalmente, hasta después de procederse á la ejecución formal de los bienes del principal obligado, y de ser declarada total ó parcialmente su insolvencia».

Cuanto llevamos dicho en explicación de este artículo, ha de entenderse fuera de los casos en que no puede tener lugar el beneficio de excusión, pues entonces no existe la razón en que se funda la doctrina expuesta, ó sea que el fiador no puede ser compelido al pago según terminantemente se ordena en el artículo 1830 sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor, y no existiendo esa razón legal, podrá, desde luego, dirigirse el procedimiento contra él y ser requerido para pagar al acreedor sin necesidad de más trámite; pero entonces no hay precisión de citarle á la vez que el deudor, sino *emplazándole* directamente con la demanda ó entablando la demanda contra él personal y exclusivamente. Así sucederá si concurre alguna de las circunstancias consignadas en el artículo 1831 ó si se tratare de una fianza judicial, pues, con arreglo al art. 1856, el fiador en dicho caso no puede pedir la excusión de bienes del principal deudor.

El Código mejicano, en su art. 1851, autoriza al fiador de-

mandado simplemente como pagador principal para hacer citar al deudor para defenderse y ser absuelto ó condenado juntamente con él. No vemos ningún inconveniente en ello; pero nuestro Código no lo ha establecido expresamente por resultar innecesario y sin finalidad alguna, toda vez que el fiador en dicho caso, á más del beneficio de excusión, si no se halla exceptuada de él su fianza, puede en el juicio subrogarse en el lugar del deudor, haciendo uso de todas las excepciones y recursos correspondientes á éste, y ha de resultarle mucho más beneficioso en tal hipótesis tomar él á su cargo la defensa que confiarse á la negligencia, impericia y eventualidades de la defensa del principal obligado, que ningún interés tendría en ello si fuera insolvente, quedando sujeto á las resultas de la gestión del mismo en el juicio. Ni aun siquiera puede justificar dicha citación la razón de que por ese medio podría ahorrarse gastos de la defensa, pues siempre resultaría responsable de los hechos en beneficio común, y además, por lo que él hiciera, podría repetir su importe contra el deudor.

Concordancias.—Concuerda el artículo que examinamos, entre otros, con el 3020 del de la Luisiana, con el 831 del de Portugal, con el 2226 del de Veracruz Llave y con el 1852 del de Méjico, en el que se preceptúa que «el fiador gozará del beneficio de la excusión, aunque la sentencia se haya pronunciado contra él y contra el deudor»; prescindiéndose en dicho artículo de la exposición del derecho del acreedor á hacer citar al fiador al demandar al deudor, que constituye la primera parte del precepto que examinamos, sin duda por estimar dicha disposición más propia del derecho procesal, razón por la que se omite dicha disposición en la generalidad de los Códigos modernos, sin tener en cuenta que, aparte de su carácter sustantivo, ella es precisa además dentro del Código civil como base de la reserva del beneficio de excusión hecha para dicho caso por todas las legislaciones, que es el motivo de haber establecido esa disposición nuestro Código.

ARTÍCULO 1835

La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal.

La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad.

Continúa determinando en este artículo el Código los efectos de la fianza en cuanto á las relaciones jurídicas derivadas de dicho contrato, creadas entre el acreedor y el fiador.

La ley no podía negar á éste el derecho de transigir con el acreedor para poner así término en beneficio de ambos á la reclamación de éste, pero de acuerdo con los buenos principios jurídicos, tuvo necesariamente que limitar los efectos de la misma á los dos, excluyendo al deudor principal de la sumisión á ella.

La razón de esa limitación que constituye la primera parte del artículo que examinamos, es clara y fácilmente perceptible, pues toda transacción es una nueva obligación que sólo puede ligar á las personas que la han contraído, y que de ningún modo puede extenderse á un tercero, á no ser que éste se sometiera á ella.

Además, el fiador sólo puede transigir sobre la obligación subsidiaria que contrajo para con el acreedor, siendo extraño á ella el principal deudor, puesto que para contraerla no es necesaria la intervención del mismo y aun puede hacerlo sin su conocimiento y hasta contra su voluntad, según demostramos al comentar el art. 1823 en que así se reconoce. Y como no son de la misma índole las relaciones jurídicas establecidas entre el acreedor y el fiador que las que se derivan del contrato primitivo y principal entre el acreedor y el principal obligado, desde luego se comprende que la transacción llevada á cabo entre los primeros no puede obligar al deudor, por referirse á efectos y obligaciones distintos.

Por la misma razón tampoco puede surtir efecto para con el fiador la transacción que celebraran el acreedor y el deudor, si

bien dicho fiador puede aprovecharse de ella y de sus consecuencias prestando su conformidad á la misma.

No requiere mayor explicación el presente artículo, en el cual no se hace otra cosa que reproducir en su precepto principios ya sancionados en su lugar correspondiente y á los cuales nos remitimos.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 2087 del Código del Uruguay, con el 834 del de Portugal, con el 1738 del de la Baja California, con el 1854 del de Campeche, con el 2227 del de Veracruz-Llave y con el 329 y el 330 del Código de Prusia.

El Código mejicano, sin salirse en su esencia de la doctrina consignada por el nuestro, admite expresamente que el fiador se aproveche de la transacción llevada á cabo entre el acreedor y el deudor, y, á su vez, que éste se aproveche de la celebrada por el fiador y el acreedor. A este fin se preceptúa en su art. 1854 que «la transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica al deudor principal».

Dados los términos de dicho artículo, bien claramente se observa que el criterio seguido por los autores del citado Código fué el mismo que el que sirvió de base al precepto que examinamos, si bien se suplió en él el silencio de nuestra legislación, en cuanto al beneficio ó aprovechamiento de la transacción, por aquel de los obligados que no hubiere intervenido en ella.

En la generalidad de los Códigos extranjeros, á excepción de los ya indicados, no se encuentra disposición alguna relativa á la cuestión objeto del presente artículo.

ARTÍCULO 1836

El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal.

Por este artículo se extiende al subfiador, ó sea al fiador del fiador, el beneficio de excusión ó de orden; y el fundamento de su disposición es obvia y no puede ofrecer duda ninguna, pues el subfiador se encuentra, respecto de su fiado, en igualdad de condiciones que el fiador respecto del deudor principal. Pero como la responsabilidad ú obligación contraída por el subfiador es subsidiaria de la del fiador y de la del deudor, y, en su virtud, sólo puede ser compelido á pagar al acreedor en el caso de que carezcan de bienes para ello el principal obligado y el primer fiador, es indudable que el beneficio indicado se amplia en cuanto á él, siendo necesario que el acreedor haga excusión de los bienes de uno y otro antes de dirigir su reclamación contra el subfiador.

Sólo una excepción á esta doctrina se encuentra de una manera expresa en el Código, y es la relativa á la fianza judicial, pues, según se previene en el párrafo 2.º del art. 1856, el subfiador, en dicho caso, no puede pedir ni la excusión de los bienes del deudor ni la de los del fiador: prohibición impuesta por lo que se refiere á los bienes del primero al fiador, en el primer párrafo de dicho artículo. La razón de esa prohibición consiste en que deben ser más fuertes los vínculos y mayores las seguridades en las obligaciones de fianza que se contraen en virtud de un acuerdo judicial, y si bien es cierto que con tal prohibición se hace más difícil la constitución de la fianza por no ser tan fácil encontrar fiador, á consecuencia de la peor condición en que ha de quedar al privársele de la garantía y de la ventaja que para él constituye el beneficio tantas veces mencionado, en cambio se le concede el recurso de dar en su lugar la prenda ó la hipoteca que se estime bastante para cumplir su obligación, como veremos al comentar el art. 1855.

Siendo el único objeto de la disposición que examinamos hacer extensivo al subfiador el beneficio de excusión, determinando á la vez jurídicamente la extensión del mismo, desde luego hay que considerar su precepto como de referencia á lo expuesto en prescripciones anteriores respecto al ejercicio y efectos de dicho

beneficio; y, por lo tanto, tiene que ser aplicable al subfiador lo mismo los casos de excepción establecidos en el art. 1831, que las reglas y condiciones consignadas en el 1832 respecto al tiempo y á la forma en que debe ser opuesto el beneficio citado, para que pueda aprovecharse de él quien le utiliza, así como las consecuencias que para el acreedor ha de producir su negligencia ó incuria, si después de designarse bienes idóneos por el subfiador dejare de hacer la excusión de los mismos, dando ocasión con su falta de diligencia á que llegue á hacerse insolventes el deudor ó el primer fiador.

No hay razón ni motivo jurídico alguno que impida aplicar al subfiador la misma teoría del beneficio de excusión, adoptada por la ley para la regulación del mismo en cuanto al primer fiador. Por el contrario, siendo idéntico el fundamento de derecho en uno y otro caso, debe ser aplicable á ambos la misma disposición legal que los regule. En su virtud, téngase por reproducido aquí cuanto hemos dicho acerca del beneficio de excusión ó de orden con relación al fiador, pues á ello nos remitimos para evitar repeticiones.

Concordancias.—En la legislación extranjera se encuentran concordancias con este artículo en los siguientes: el 2366 del Código de Chile, el 2019 del de la República Argentina, el 2223 del de Veracruz-Llave, el 1505 del de Vaud, el 1739 del de la Baja California, el 2080 del del Uruguay, al 837 del de Portugal, el 1914 del de Italia, el 1855 del de Campeche, y el mismo del de Méjico, cuyo Código en su artículo siguiente viene á considerar como fiadores ó garantizadores del fiador, á los testigos que declararon de ciencia cierta en favor de su idoneidad.

En la legislación antigua romana, tiene también concordancias este artículo con la ley 27, párrafos 1.º al 4.º, tít. 1.º, libro 46 del Digesto, y en la alemana, abrogada por el nuevo Código, también se encuentran preceptos análogos en el art. 380, título 14, parte 1.ª del de Prusia, y en el 19, cap. 10, libro 4.º del de Baviera.

ARTÍCULO 1837

Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación á responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar á cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, á menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

I. *Concepto del beneficio de división.*—Un nuevo beneficio en favor de los fiadores establece este artículo, siendo conocido el mismo en el tecnicismo jurídico con el nombre de «beneficio de división».

Tiene éste lugar cuando hay varios fiadores; y mediante él se distribuye entre todos la carga, dividiéndose el pago ó sea el cumplimiento de la obligación afianzada en tantas porciones ó partes proporcionales ó á prorrata cuantos sean los fiadores, de modo que cada uno de ellos coopere á la efectividad en la proporción ó parte alícuota que le corresponda, que es también la única que puede reclamar del mismo *desde luego* el acreedor, á no ser que *expresamente* se hubiera estipulado la solidaridad entre todos ellos.

Podemos, pues, definir dicho beneficio, diciendo que consiste en el derecho que cualquiera de los cofiadores puede ejercitar, en el caso de que no se hubiere obligado con cláusula de solidaridad, para que el acreedor *divida* entre los diversos fiadores la acción que contra todos ellos tiene, no pudiendo, por lo tanto, reclamar de cada uno en particular más que la parte que al mismo toque satisfacer por consecuencia de dicha división.

La definición que hemos dado del citado beneficio explica también su concepto jurídico con tanta claridad, que aleja toda duda sobre ello. En buenos principios jurídicos, el fiador que no

limita expresamente su compromiso á una parte de la obligación principal (lo cual puede hacer en virtud del precepto contenido en el art. 1826), responde de la totalidad de dicha obligación aunque sean más de uno los que garanticen su cumplimiento. Por eso la división entre ellos no se impone *de pleno derecho*, sino que es potestativo ó facultativo, como todos, el beneficio de que nos ocupamos, y no tiene lugar más que cuando lo requiere el fiador perseguido por el acreedor.

En esto se diferencia también el cofiador del codeudor, pues cuando varios deudores principales se obligan conjuntamente por una deuda determinada, cada uno de ellos no responde más que de su parte personal, á menos de que se hayan obligado solidariamente, y, por el contrario, es un principio tradicional en el derecho que en el caso de ser varios los que afiancen simplemente el cumplimiento de una obligación, cada fiador es responsable de la totalidad de la misma. Haciendo notar esa diferencia Pothier (1), encontraba la causa de ella en la naturaleza misma de la fianza, pues de no existir pacto en contrario, el fiador ordinariamente se obliga á todo aquello que debe el deudor principal, y, por lo tanto, cada cofiador puede ser demandado por la totalidad de la obligación garantida, pero tiene el derecho de exigir del acreedor que *divida* su acción entre todos.

De la misma opinión que Pothier es Domat (2), el cual añade que la obligación de los cofiadores es solidaria entre ellos, porque cada uno promete la seguridad de toda la deuda; pero esa razón que se alega carece de todo fundamento, porque no existe dicha solidaridad entre los fiadores, pues precisamente el primer efecto de ella sería el de no poder oponer el beneficio de división, porque esto constituye la esencia de aquélla. La obligación de los cofiadores no es solidaria, y por eso nuestro artículo 1837 determina claramente que el acreedor *no puede* reclamar á cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer.

(1) *Des obligations*, núm. 415.

(2) *Lois civiles*, libro 3.°, tít. 4.°, sec. 2.ª, núm. 6.

Si á pesar de esta prohibición el acreedor reclama de un solo fiador el todo de la deuda, éste tiene el medio de evitarlo oponiendo el beneficio de división, beneficio que es, sin embargo, renunciable. Por esto, sin duda, dice Laurent que las obligaciones de los cofiadores se diferencian de las de los codeudores sólo en un punto: en que entre éstos la división es de pleno derecho, y entre aquéllos sólo tiene lugar cuando lo reclama el fiador demandado.

Pero en nuestro derecho los términos del art. 1837 permiten afirmar que al existir varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, aceptados así por el acreedor, entre todos ellos constituyen el verdadero único fiador, quedando dividida, por tanto, entre todos ellos, proporcionalmente, la responsabilidad.

Si á pesar de todo alguno de los cofiadores deja de utilizar el beneficio, renunciándolo expresa ó tácitamente, al pagar toda la deuda, por no acogerse á la gracia que la ley concede, debe sufrir las consecuencias de ello, y, por lo tanto, no tendrá derecho á repetir contra los cofiadores en dicho caso por la parte que á ellos hubiera correspondido satisfacer, á no ser que el pago lo hubiera hecho en virtud de demanda judicial ó hallándose el deudor en concurso ó quiebra (1).

De lo expuesto resulta que el beneficio de división se encuentra en identidad de circunstancias que el de orden ó de excusión; si se ejercita en tiempo y forma, aprovechará al que le opone, siempre que no se trate de uno de aquellos casos en que no pueda ser utilizado, y, por el contrario, si no se opone en dichas condiciones, á pesar de extralimitarse el acreedor al reclamar el todo, no producirá efecto alguno no obstante la concurrencia de varios fiadores y no haberse obligado éstos solidariamente.

El beneficio de división, cual sucedió con el de orden, se impuso como preciso para evitar que los cofiadores fueran vícti-

(1) Artículo 1844, párrafo 3.º

mas de aquellos en cuyo favor se habían obligado. El beneficio de división es, pues, una gracia impuesta por la necesidad y por la lógica, pero que, como todas, es renunciable, reputándose su renuncia por el hecho de no haber sido utilizada convenientemente.

Al sancionar el Código dicho beneficio en el artículo que examinamos, ha venido á esclarecer dudas que podían suscitarse por la falta de congruencia que algunas veces presentaba nuestro antiguo derecho, debida á la sucesiva é independiente elaboración del mismo, sin un plan fijo de codificación ni método alguno previamente determinado. Por dichas causas no era punto exento de oscuridades la cuestión relativa al beneficio de división en el caso de que, siendo varios los fiadores obligados *simplemente* por una misma deuda, no pudiese pagar alguno de ellos ó se negase al pago.

En efecto; las leyes 8.ª y 10 del tít. 12 de la Partida 5.ª establecían que, en el caso de ser varios los fiadores *simples,* se dividiese entre ellos la deuda, debiendo responder los presentes por los ausentes, y los ricos por los pobres; pero la ley 10 del título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación dispuso terminantemente lo contrario, y en vista de ello surgió la duda entre los tratadistas, pues si bien la ley posterior deroga la anterior (y la de la Novísima contenía, además, una derogación especial respecto de cualquiera disposición de derecho común que estableciera lo contrario á lo declarado en la misma), resultaba que con tal precepto se contrariaba el objeto principal de la fianza, que es asegurar la efectividad de toda la deuda garantida cuando el fiador no ha hecho salvedad alguna en su compromiso. Era, pues, preciso armonizar las disposiciones legales citadas disipando toda duda en esta materia, y esto es lo que ha resuelto concretamente el Código, sancionando la subsistencia del beneficio de que nos ocupamos.

II. *Cuándo y cómo debe ejercitarse el beneficio de división.*—El Código no lo dice de una manera expresa, y el mismo silencio se observa respecto de ello en algunos otros, como sucede en el

francés. Pero el artículo objeto de este comentario, después de poner término con la claridad de su precepto á las discusiones de los autores acerca del reconocimiento de dicho beneficio en nuestro antiguo derecho, y de determinar los efectos del mismo, consigna una declaración que viene á resolver las dudas respecto á la ocasión y condiciones en que debe ser utilizado.

Según ella, el beneficio de división contra los fiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal, estableciéndose así, con más ó menos fortuna, una especie de relación y referencia entre uno y otro de ambos beneficios, cual correspondía á las razones de analogía que entre los mismos existe por su naturaleza y por su fin. Y si el de división cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión, es indudable que el primero se dará y subsistirá eficazmente en los mismos casos también y en las mismas condiciones que el segundo, pues así lo exige la lógica y la misma razón de analogía que antes hemos indicado.

Por lo tanto, cuanto queda expuesto al comentar los artículos 1831 y 1832 respecto á los casos en que no puede tener lugar el beneficio de excusión y sobre la ocasión y condiciones en que debe oponerse el mismo, resulta aplicable al de división, con las diferencias derivadas del fin ú objeto del de orden, entre ellas la de que al ejercitar el de división no hay necesidad de designar bienes idóneos con que poder hacer efectiva la parte del débito de que no debe responder el que le opone, pues la limitación de la obligación de éste no nace de la existencia ó falta de dichos bienes, ni de la solvencia ó insolvencia de los demás fiadores, sino del hecho de la coexistencia de éstos por el principio de derecho común, según el que, todos los obligados al cumplimiento de una obligación, se entiende que lo están mancomunada y no solidariamente, en tanto que no exista pactada expresamente dicha solidaridad.

Hay, pues, que entender este artículo en cuanto á los casos en que procede el beneficio de división, relacionándolo con el 1831, y por la combinación de ambos queda completa la doc-

trina y definitivamente establecida la admisión de dicho beneficio en el caso de que haya varios cofiadores que garanticen una misma obligación, dividiéndose, en su consecuencia, la responsabilidad entre todos ellos en la proporción correspondiente, siempre que no exista pacto en contrario, solidaridad, insolvencia, ó imposibilidad de ser demandado judicialmente dentro del Reino alguno ó algunos de los cofiadores.

En su virtud, podemos dejar sentado que los casos en que no procede el beneficio de división, son los mismos establecidos en el art. 1831, salvo, como hemos dicho, las diferencias derivadas del fin ú objeto del de orden. El cofiador no puede perder el beneficio de división en los casos 3.º y 4.º del citado artículo, por ser extraño al fin de tal beneficio esas especiales situaciones del deudor principal. A lo más, podría perderlo cuando los otros cofiadores se encontrasen en tales situaciones.

En cuanto á la oportunidad ó estado del procedimiento en que deba oponerse el beneficio de división, hay que estar á lo dispuesto en el art. 1832, en cuanto sea compatible con la naturaleza de dicho beneficio, y también en correlación con este artículo hay que considerar igualmente el que examinamos.

Dispone aquél que para aprovecharse del beneficio de excusión, el que tenga derecho á él debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera de pago, y como respecto del beneficio de división concurren las mismas razones y los mismos fundamentos que dijimos abonaban dicho precepto, tiene que ser aplicable á él por el principio jurídico de que donde existe la misma razón de derecho, igual debe ser la disposición legal que le regule.

De lo contrario se originarían perjuicios considerables á los cofiadores, pues si el requerido de pago por el acreedor paga desde luego ó deja seguir el procedimiento, de acuerdo con el actor ó sin dicho acuerdo, sin utilizar el beneficio de división y sin hacer uso de las excepciones y demás recursos legales, que todos ellos podrían oponer á la reclamación, resultaría que una vez dictada sentencia ya no podrían los demás cofiadores oponer tales ex-

cepciones, y por virtud de su corresponsabilidad vendrían obligados á pagar, sin deber, el importe de su cuota correspondiente, en virtud de actos que no le son imputables.

Cierto es que con arreglo al art. 1845, los cofiadores obligados á reintegrar proporcionalmente al que pagó pueden oponer á éste las mismas excepciones que hubiera podido utilizar contra el acreedor el deudor principal, siempre que no fueran puramente personales de dicho deudor; pero este recurso no es solución suficiente para subsanar la dificultad y el peligro de las confabulaciones antes indicadas, porque, aparte de que sólo puede ser utilizado cuando el pago se ha hecho en virtud de demanda judicial, como veremos al estudiar la relación de dependencia y el enlace que tiene dicho art. 1845 con el que le precede, necesariamente tendrían que originarse gastos, dilaciones y molestias á los cofiadores para hacer valer tales excepciones; y sobre todo, siempre subsistiría la posibilidad de la confabulación del acreedor con uno de los cofiadores para conseguir el pago extrajudicial librándose de la impugnación que los demás pudieran hacer respecto de la eficacia ó validez de la obligación principal, en cuyo caso, por no haberse hecho el pago citado en virtud de demanda judicial, no podrían dichos cofiadores ejercitar contra el que pagó las excepciones que en otro caso hubieran podido utilizar.

Para evitar esos inconvenientes no había más remedio que aplicar al beneficio de división lo establecido en el art. 1832 en cuanto al tiempo en que debe oponerse el beneficio, á no ser que al fiador requerido de pago ó demandado judicialmente por el acreedor se le hubiera concedido la facultad otorgada por el párrafo 2.º del art. 1084 del Código al heredero corresponsable de las deudas hereditarias, y, como á él, se le concediera derecho para hacer citar y emplazar á los demás cofiadores, según sucede en el Código mejicano (1), derecho que la ley no ha otorgado á los obligados solidariamente por razón de la naturaleza de su especial responsabilidad, y que tampoco podía otorgar á

(1) Art. 1857.

los cofiadores porque en cierto modo viene á tener dicho carácter, aunque no en toda la pureza jurídica de la doctrina, la obligación contraída por los mismos.

No todos los autores opinan lo mismo en cuanto al tiempo en que debe interponerse ó ejercitarse el beneficio de división. Pothier, en vista de que el Código francés no prescribía nada respecto de ello, como lo hace en cuanto al beneficio de excusión, explica la diferencia diciendo que la razón de ella consiste en que el de división tiene más de excepción perentoria que de dilatoria en cuanto tiende á excluir ó rechazar por completo y en todo tiempo la acción del acreedor contra el fiador que opone dicho beneficio, en cuanto á las partes correspondientes á los otros cofiadores, mientras que el de excusión es sólo una excepción dilatoria que no elimina, sino que suspende la acción contra el fiador hasta que se haga la excusión de los bienes del deudor.

De esa supuesta diferencia deduce que puede ser opuesto el beneficio de división hasta que fuere condenado por sentencia firme el fiador contra el que haya entablado su reclamación el acreedor, estimando en su virtud que aquél tiene perfecto derecho para utilizarle aun después de dictada sentencia condenándole al pago, si se hubiere interpuesto recurso contra ella y durante la sustanciación del mismo, porque si bien al dejarse condenar el fiador por el todo sin prevalerse del beneficio citado, pudiendo oponerlo, demuestra con ello que renuncia al mismo, esto requiere que la sentencia esté pasada en autoridad de cosa juzgada, y si el fiador apela, dicha sentencia no es firme ni ejecutable y, por lo tanto, quedan en toda su integridad los derechos del demandado,

Ya hemos dicho antes el error que se padece al estimar lo mismo el beneficio de excusión que el de división como una excepción del juicio; y además, hemos demostrado los inconvenientes y peligros que tiene el no oponer el segundo en seguida que fuere requerido el que ha de utilizarlo, y tanto por esos motivos como por la razón de relación del artículo que examinamos con el 1832, insistimos en cuanto hemos expuesto acerca de este par-

ticular, á pesar del respeto que nos merece la opinión contraria de tradista y jurisconsulto tan autorizado como lo es Pothier.

En cuanto á la exigencia impuesta por el citado art. 1832 de haber de designarse bienes del deudor en que hacer efectiva en primer término la deuda, como requisito preciso para que pueda aprovechar ó surtir sus efectos el beneficio, ya hemos dicho que no puede tener aplicación en este caso; y la razón es obvia, pues la obligación del fiador con relación á sus cofiadores no es subsidiaria, sino directa, y no depende en su origen de la solvencia ó insolvencia de éstos, aunque luego después si alguno resultare insolvente tenga que recaer su parte sobre los demás.

Ese efecto subsidiario es independiente de la cuestión del beneficio de división, pues el derecho concedido en tal concepto al fiador no arranca de la solvencia ó solvabilidad de sus compañeros de obligación, sino del hecho de la coexistencia de los mismos, y basta, por lo tanto, que haya más de un fiador para que por esto sólo, y sin necesidad de más requisitos, pueda oponerse útilmente el indicado beneficio, y surta sus naturales efectos jurídicos. Lo dicho no obsta para que después de opuesto el beneficio, y de surtir efecto el mismo, dividiendo el acreedor su acción entre todos los cofiadores, si alguno apareciere insolvente, y por tal motivo se reclamare su parte de los demás, puedan éstos oponerse á ello, excepcionando la existencia de bienes del supuesto insolvente que reunan las condiciones expuestas en el citado artículo, y haciendo la designación prevenida en el mismo; pero esto, como se comprende, no afecta ni puede afectar á la previa utilización del beneficio de división, y por lo tanto, no puede exigirse como una condición precisa para su interposición ó ejercicio.

En resumen: el cofiador tiene derecho al beneficio de división desde el momento mismo en que contrajo su compromiso, salvo pacto en contrario; pero si concurriere alguna de las circunstancias á que se refiere el art. 1831, por renunciar expresamente á dicho beneficio después de constituída la fianza, ó por obligarse también después á responder solidariamente con el deudor ó con

los demás cofiadores, ó incurriese en quiebra ó concurso alguno ó algunos de los cofiadores ó no pudiera ser demandado judicialmente dentro del Reino; y lo mismo si no fuere utilizado en tiempo el derecho que le constituye, cesará en cualquiera de dichos casos el beneficio de división como cesaría en los mismos el de excusión. Esto es lo que ha querido expresar el Código al establecer en el artículo objeto del presente comentario la disposición de relación que se consigna en el párrafo 3.° del mismo.

III. *Efectos del beneficio de división.*—Hemos dicho que por virtud de este beneficio, es compelido el acreedor á dividir su acción entre los diversos cofiadores, ó, en otros términos, que la responsabilidad de la deuda ú obligación principal garantida se distribuye entre todos los que contribuyen á asegurarla, y que cada uno de los fiadores sólo viene obligado al pago de la cantidad correspondiente, á no ser que alguno de ellos resultare insolvente, en cuyo caso la parte de éste recaerá sobre todos los demás, con arreglo á lo dispuesto en el párrafo 2.° del art. 1844.

Este es el efecto esencial del beneficio de división. ¿Pero en qué proporción se dividirá la responsabilidad de la deuda? ¿Se distribuirá ésta en tantas partes iguales como fiadores haya, ó por el contrario, se prorrateará entre todos en proporción á la cuantía en que se obligaron?

Tan sencilla es esta cuestión, que realmente no debiéramos ocuparnos de ella, y así lo habríamos hecho, si no la hubiéramos visto planteada por un autor, lo cual nos obliga á hacer algunas indicaciones acerca de ella, por nuestro propósito de anticiparnos á toda duda que por tal motivo pudiera suscitarse, para dar la solución que estimamos procedente en derecho.

La justicia y la equidad exigen que la distribución de la deuda entre los cofiadores se haga proporcionalmente y no por partes iguales, pues en este último caso podría perjudicarse la condición de algunos y favorecerse la de otros, si es que no se obligagaron todos en la misma cuantía ó por partes iguales. La forma ordinaria de obligarse dichos fiadores, ó la más común y corriente, es que todos contraigan el mismo compromiso, y de no haber

pacto especial en contrario todos aseguran por el todo la obligación afianzada, contrayendo la misma responsabilidad; pero dentro de los términos de lo posible cabe el caso contrario, obligándose los cofiadores ó algunos de ellos en cuantía diferente, y para dicha eventualidad se impone la determinación de la parte en que cada uno debe quedar obligado al hacerse la distribución de la deuda por consecuencia del beneficio de división ó al exigirse el reintegro por el que pagó por todos si no se opuso ese beneficio.

El Código no establece dicha regla; pero la da por supuesta en algunas de sus disposiciones. Tan racional y tan justa la considera, que no se ha creído en la necesidad de declararla, y tomándola como base de sus preceptos, derivados de la división de la responsabilidad entre los cofiadores, provee lo procedente por consecuencia de ella.

Esa regla es la de la proporcionalidad ó prorrateo en la distribución. Por eso en el art. 1844, al conceder al fiador que ha pagado por los demás el derecho al reintegro de lo que hubiere satisfecho sobre su parte ó responsabilidad propia, en el caso de no haberse utilizado el beneficio de división, dice que podrá reclamar de cada uno de los cofiadores la parte que *proporcialmente* le corresponda satisfacer; y al imponer á los restantes el pago de la parte del que ó de los que resulten insolventes previene que dicha parte recaerá sobre aquéllos *en la misma proporción*.

Esa proporción de que habla la ley no es otra que la de la cuantía en que hubieren quedado obligados; y como la razón de esa forma de distribución, ó de esa proporcionalidad, es la misma cuando se lleva á efecto utilizándose el beneficio de división, que cuando no ha sido opuesto, es indudable que al dividir en el primer caso su acción el acreedor entre todos los cofiadores tendrá que hacerlo en proporción ó á prorrata de la respectiva obligación contraída, como se halla establecido para el segundo. Esa solución no sólo está impuesta por la equidad y la justicia, sino que es además una consecuencia lógica de la naturaleza misma del contrato de fianza y del principio que sirve de fundamento á

los arts. 1826 y 1827, según los que no responde el fiador más que de aquello á que se obliga, sin que pueda ser extendida su responsabilidad á límites más extensos de lo que fué su voluntad al obligarse, ó de aquello á que venga expresamente obligado por disposición terminante de la ley.

Haciendo la división conforme á esta regla que determina el verdadero concepto de la responsabilidad de los cofiadores, desde luego se comprende que la parte que ha de satisfacer cada uno de ellos estará representada: 1.°, por la porción que proporcionalmente deba satisfacer con arreglo á la cuantía en que quedara obligado al contraer el compromiso; y 2.°, por la que le toque también á prorrota de la participación del acreedor ó acreedores que resultaren insolventes, según el párrafo 2.° del artículo 1844 antes citado; dependiendo de la voluntad la primera de dichas porciones, y de la ley la segunda; pero ésta puede ser independiente de la división y será objeto de reclamación posterior si la insolvencia no hubiera sido declarada ó demostrada al tiempo de hacerse aquélla.

Esta forma de distribución debe entenderse tan sólo en el caso de que los diversos fiadores se hayan comprometido á responder de la deuda ó de la obligación principal en cuantía distinta, pues si, por el contrario, no se hubiera establecido diferencia alguna en cuanto á sus respectivos compromisos, todos responderán de la totalidad en la misma forma y se encontrarán en igualdad de circunstancias, siendo idéntica su responsabilidad. Por lo tanto, deberá distribuirse ésta entre ellos por iguales porciones y habrá de dividir el acreedor su acción entre todos, haciendo tantas partes cuantos sean los fiadores obligados para con él.

Réstanos indicar que el beneficio de división sólo se da entre los que son fiadores *de una misma deuda y de un mismo deudor*, y por consiguiente, sólo entre ellos se hará la distribución, que es su efecto. Así es que si se diera el caso de que dos deudores de una misma deuda común, y aun solidaria, dieran cada uno fiadores distintos, el fiador ó los fiadores de uno de los deudores

no podrían pedir que la acción del acredor se dividiera entre ellos y los fiadores del otro deudor, á pesar de la solidaridad de ambos, porque en realidad aunque todos garantizan una misma deuda son distintas las personas afianzadas, y los fiadores de una y otra están ligados por vínculos distintos y respecto de deudores diferentes también.

Concordancias.—Concuerda sustancialmente el artículo que examinamos, entre otros, con el art. 835 y el 836 del Código de Portugal, con el 1873 y el 1874 del de Holanda, con el 1504 del de Vaud, con el 3017 y el 3018 del de la Luisiania, con el 2088 del del Uruguay, con el 2230 y el 2231 del de Veracruz-Llave, con el 2367 del de Chile, con el 2024 del de la República Argentina, con el 1741 del de la Baja California, con el 1911 y el 1912 del de Italia, y con el 2025 y el 2026 de los de Francia y Bélgica, salvas las diferencias ya indicadas.

El Código mejicano establece doctrina distinta, consistiendo el beneficio de división, según él, en el derecho otorgado al fiador, demandado de pago por el acreedor, para hacer citar á los demás, para que con ellos se entienda también la reclamación, como tenemos ya indicado, pues según se establece en el art. 1857 de dicho Código, si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar á los demás para que se defiendan juntamente, ó de igual modo y en la proporción debida estén á las resultas del juicio.

El Código alemán vigente, modificando las prescripciones del art. 378, título 14, parte 1.ª del de Prusia, el 9.º, capítulo 10, libro 4.º del de Baviera, y otros distintos preceptos de los Códigos de los diversos Estados que constituyen el Imperio germánico, estableció la solidaridad entre los cofiadores, haciendo en su consecuencia imposible el beneficio de división que, como es sabido, es opuesto al carácter solidario de las obligaciones. En efecto, en su art. 769 se declara que «cuando sean varios los fiadores de la misma obligación, lo serán solidariamente una

cuando no se hayan comprometido en común», y los términos absolutos de dicha disposición no dejan lugar á duda ni á excepción alguna.

Análogo precepto ha venido á establecer el Código austriaco, cuyo art. 1359 dispone que «si hubiere varios fiadores para la totalidad de la misma cantidad (ó sea de la misma deuda) cada cual estará obligado por el todo. Pero si uno de ellos pagare toda la deuda, tendrá, como un codeudor, el derecho de repetir contra los demás». Es decir: se establece la solidaridad de la obligación entre todos los fiadores, pero no se reconoce, al menos expresamente, el beneficio de división, puesto que sólo se habla del derecho de repetición ó de reintegro, que es posterior al pago y no anterior como dicho beneficio.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

Las disposiciones de esta sección se refieren al segundo de los órdenes de efectos ó de relaciones jurídicas, que hemos dicho puede producir el contrato de fianza, ó sea á los efectos determinados por la fianza entre el deudor y el fiador, siendo el principal de ellos el derecho que al fiador corresponde para ser indemnizado en el caso de haber tenido que pagar el débito en defecto del deudor; derecho de que habremos de ocuparnos al estudiar el art. 1838, primero de la presente sección.

Tratándose de una obligación accesoria en garantía de otra principal á cargo de persona distinta del fiador, cual es el principal deudor, y estando contraída dicha obligación realmente en beneficio de éste, es indudable que, por consecuencia de ella, pueden surgir derechos y obligaciones entre el deudor y el fiador.

Esos efectos provienen del pago que el fiador se vea precisado á hacer en virtud del contrato de fianza, pues si la obligación principal, garantizada con ella, la cumple en todas sus partes el

deudor, en el tiempo y en la forma convenidos y con las condiciones previamente estipuladas, es indudable que, extinguida dicha obligación, también habrá de extinguirse la accesoria, sin que produzca más consecuencias para el fiador en el orden jurídico la fianza en adelante, ni haya surtido otro efecto para él que el estar sujeto á la responsabilidad del cumplimiento de la citada obligación principal para el caso de que no la hiciera efectiva el deudor. Pero si, por el contrario, tiene que cumplir el fiador dicha obligación por el deudor, entonces, si bien queda extinguida la deuda y con ella desaparecen ó se desvanecen los vínculos y relaciones jurídicas que existieran entre el acreedor y el deudor, se originan por consecuencia de dicho pago diversos efectos entre el fiador que pagó y el deudor en defecto del cual lo hizo, cuyos efectos son los que nos corresponden examinar ahora.

El principal de ellos hemos dicho que es el de la indemnización ó reintegro al fiador, pero no es este el único, pues según las formas, el tiempo y las condiciones en que se haya hecho el pago por aquél, así serán distintas las consecuencias jurídicas del mismo, como tendremos ocasión de observar al hacer el análisis de los diversos artículos que constituyen esta sección, cuyas disposiciones pasamos desde luego á comentar, prescindiendo, en obsequio á la brevedad, de la exposición de las consideraciones generales que su conjunto sugiere por razón de las distintas causas á que son debidos los efectos indicados.

ARTÍCULO 1838

El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste.

La indemnización comprende:

1.º La cantidad total de la deuda.

2.º Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.

3.º Los gastos ocasionados al fiador después de

poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.

4.º Los daños y perjuicios, cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor.

I. *Fundamento jurídico de este artículo.*—La disposición de este artículo se funda en un principio elemental de justicia que ha sido elevado á precepto positivo por todos los Códigos modernos, cual es el que *el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste.* La razón jurídica de dicho principio no puede ser desconocida por nadie, pues siendo el deudor el obligado á pagar directa y principalmente, si por su falta tiene que recaer esa obligación en el fiador, lo menos que puede concedérsele á éste en dicho caso, como ha dicho un autor, es la acción del reintegro ó el derecho á ser indemnizado por el deudor de los gastos que se le ocasionen por el cumplimiento de la obligación á que subsidiariamente venía sujeto.

Sin embargo, á pesar de ser tan claro y evidente el fundamento de ese derecho, no ha sido reconocido siempre. En efecto, según el derecho romano, el fiador que había pagado por el deudor no siempre podía repetir contra éste ni contra los cofiadores, y para salvar este inconveniente, común también en la antigua legislación, hubo necesidad de apelar á las sutilezas tan conocidas sobre si dicho pago le constituía en la situación de subrogado en la persona ó en los derechos del acreedor ó si le atribuía la acción de mandato.

Prescindiendo de esas sutilezas, y poniendo término á ellas, el Código ha reconocido expresamente á favor de los fiadores el derecho á ser indemnizados por el deudor cuando por defecto de éste se ven obligados á cumplir la obligación principal. Al hacerlo así no ha hecho más que inspirarse en el principio de justicia antes indicado.

Esa indemnización debe ser cumplida, y no puede entenderse limitada al reintegro del importe de la deuda subsidiariamente

satisfecha por el fiador, sino que, además, ha de comprender todos los gastos hechos por el mismo, con más los daños y perjuicios que se le hayan originado con tal motivo si la fianza es gratuíta, pues al subrogarse en el lugar del deudor para el pago cumple con una obligación ajena, emanada de un contrato celebrado en exclusivo beneficio del deudor, sin mediar una retribución que le compense de lo que hubiera podido producirle el capital que tiene que invertir en dicha obligación. De lo contrario, resultaría lesionado en sus intereses el fiador, y para evitarlo, el legislador ha tenido buen cuidado de determinar de una manera taxativa la extensión que debe tener dicha indemnización, fijando en los cuatro incisos de este artículo los conceptos que ha de comprender.

Ninguno de ellos puede ofrecer dudas en su inteligencia ni en su justificación. En primer lugar, ha de ser indemnizado del importe total de la deuda, porque ésta es la cantidad que satisface por el deudor, y sería altamente injusto que no se le concediera acción ninguna para reintegrarse de ello, dejándole sometido á la mala fe ó la ingratitud del fiado.

Debe comprender también dicha indemnización los intereses legales de la cantidad á que ascienda la deuda por la razón, que ya hemos apuntado, de que el capital de que se ve privado el fiador hasta el reintegro le hubiera producido en otro caso un beneficio ó un interés del que no hay razón alguna para privarle, sin que sea motivo suficiente para ello el que la deuda no los produjera para el acreedor, porque la situación del fiador en dicho caso no es la misma que la de éste, el cual tiene que regirse necesariamente por las estipulaciones que hubieren pactado el deudor y él, lo que no sucede respecto del fiador, el cual reclama la indemnización en virtud de una consecuencia jurídica de su obligación y por ministerio de la ley, que no le priva de esos intereses á no haber pacto en contrario. Y habrán de regularse éstos desde que se hiciera saber el pago al deudor, porque desde entonces no puede alegar ignorancia del pago hecho ni de la obligación en que se halla de reintegrar lo pagado, y si no lo

hace, suya será la culpa de las consecuencias que deba producir su morosidad.

Esa responsabilidad, impuesta por la ley, no es más que una lógica aplicación de la disposición establecida en el art. 1108, según el que, cuando las obligaciones consistieren en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, se deben en tal concepto los intereses correspondientes. Esos intereses, á falta de pacto expreso sobre ello, será el interés legal, ó sea el 5 por 100.

Desde que se hace saber al deudor el pago por el fiador, obligado viene á reintegrar á éste lo que por él hubiere anticipado, y si no lo hace inmediatamente, es indudable que incurre desde entonces en mora, porque el aviso equivale á la interpelación ó reclamación, y en su consecuencia, procede en dicho caso el abono de intereses de mora conforme al artículo citado.

Una sola condición exige la ley para ello, y es que se haga saber el pago al deudor, cuyo requisito es indispensable, puesto que de él nace el derecho á los intereses y la causa de su adeudo, ó sea la mora; y por lo tanto, para poder exigir el abono de este concepto de la indemnización debida al fiador, tendrá éste que cumplir previamente la condición citada, pues de lo contrario, no podrá aprovecharse de dicha disposición.

No se limita á esto la obligación impuesta por el presente artículo al deudor para la indemnización debida al fiador, en el caso de haber pagado por él, sino que además del principal y de los intereses citados han de ser también objeto de indemnización por el mismo, según el núm. 3.º de los que comprende este artículo, los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago. La razón de este precepto es la misma que acabamos de indicar respecto de los intereses, pues desde que el fiador da el aviso indicado no puede alegar ignorancia el deudor, y si no paga, dando ocasión á los gastos indicados, obligado viene á reparar el daño, reintegrando á aquél de los gastos que con tal motivo y por su culpa se originan al fiador..

Los gastos que deben ser indemnizados son los que tiene que satisfacer el fiador con arreglo á la ley por consecuencia de la fianza, no aquellos que dependan de su voluntad ó de sus propios actos y de su culpa, pues éstos son de exclusiva y personal responsabilidad y no es justo que recaigan sobre el deudor. Se recordará que cuando nos ocupamos del art. 1827, expusimos que cuando la fianza es indefinida ó ilimitada comprende la obligación del fiador no sólo el abono de la deuda principal, sino también todos sus accesorios inclusos los gastos del juicio que se hubieren devengado después de ser requerido para el pago, y á esos gastos se refiere la disposición citada.

Excusado es decir que para poder reclamar el reintegro de los mismos será preciso que el fiador ponga en conocimiento del deudor el hecho de haber sido requerido al pago por el acreedor. Así lo exigen el artículo objeto de este comentario y además la razón jurídica expuesta respecto del número anterior, por ser ese conocimiento la base del adeudo y de la responsabilidad del deudor por dicho concepto.

Finalmente, debe comprender la indemnización los daños y perjuicios que se causaren al fiador por haber tenido que pagar por el deudor, pero esto tan sólo tendrá lugar cuando el abono de los mismos sea procedente con arreglo á derecho. En este punto no ha establecido el Código norma determinada de adeudo, y por lo tanto, habrá que estar á las reglas generales sobre la materia.

Termina este artículo con una declaración que es consecuencia de la naturaleza especial del derecho concedido por el mismo á los fiadores. En efecto, como la razón en que se funda la extensión de la indemnización debida á los mismos por dichos conceptos, y aun la propia indemnización en estos casos, no es consecuencia de una estipulación entre el deudor y el fiador, sino de equidad á favor de este último, ha de cumplirse necesariamente dicha obligación, aunque la fianza se diera ignorándolo el deudor. Es decir, que el derecho del fiador á ser indemnizado por el deudor en la extensión indicada no sufre menoscabo al-

guno en dicho caso por la falta de conformidad del deudor con la fianza.

No siempre se ha entendido así, pues conforme á la ley 6.ª, párrafo 2.º, tít. 1.º, lib. 45 del Digesto, y á la ley 12, tít. 12 de la Partida 5.ª, el fiador que lo fué y pagó prohibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna para reclamar lo pagado; pero el Código, prescindiendo de esos antecedentes, ha establecido la buena doctrina jurídica inspirada en el principio de derecho de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, que es lo que venía á suceder al fiador en el caso de las leyes citadas, pues que venía á aprovecharse del desembolso hecho por el fiador, sin que éste pudiera pedir su restitución ó la indemnización correspondiente.

Cuanto dejamos expuesto se refiere á los casos en que no esté pactada previamente en el contrato la forma y términos de la indemnización, pues entonces se cumplirá la voluntad de las partes.

El principio general consignado en este artículo tiene, sin embargo, sus limitaciones en los tres siguientes, como veremos al hacer el análisis de los mismos.

II. *Concordancias.*—El Código mejicano, en sus artículos 1861 y 1862, establece preceptos análogos, si bien determinando distintos efectos en cuanto á la obligación de indemnizar que tiene el deudor según que se haya constituído la fianza sin haber prestado éste su consentimiento, ó contra la voluntad expresa del mismo. En el primer caso, debe ser indemnizado el fiador que paga por el deudor; en el segundo, no tendrá derecho alguno para cobrar lo que pagó. Los conceptos que debe comprender la indemnización que corresponde al fiador son los mismos reconocidos por nuestro Código, siendo la designación de ellos el único objeto del art. 1862.

El Código austriaco no niega el derecho á la indemnización, cuando el pago se hace sin el consentimiento del deudor principal; pero concede á éste el derecho á oponer al fiador todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor. Así resul-

ta de los términos claros y explícitos de su art. 1361, cuyo precepto implícitamente reconoce el derecho al reintegro ó indemnización en los demás casos.

Concuerda además el artículo que examinamos, con el 2028 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1506 del de Vaud, con el 1876 del de Holanda, con el 3021 del de la Luisiana, con el 1915 del de Italia, con el 2065 del sardo y el 1900 del napolitano en la anterior legislación italiana, y además, con algunos otros.

En el antiguo derecho alemán, el Código bávaro imponía simplemente al deudor la obligación de indemnizar al fiador (artículo 11, cap. 10, libro 4.º), y el prusiano extendía dicha responsabilidad á la indemnización de todos los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado al fiador; pero con la condición de que dichos perjuicios y daños no hubieran sido el resultado de una falta de éste, pues en caso afirmativo estarían excluídos de la indemnización (art. 351, tít. 14, parte 1.ª). Mas no obstante estos precedentes, no se encuentra precepto alguno en el actual Código civil general del imperio, en el que se regule la indicada obligación y la extensión de la misma.

ARTÍCULO 1839

El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado.

I. *Concepto del beneficio ó derecho de subrogación.*—Otro de los efectos de la fianza en cuanto á las relaciones jurídicas creadas por la misma entre el fiador y el deudor, es el llamado beneficio ó derecho de *subrogación,* por virtud del cual el fiador viene á ocupar el lugar ó la misma situación jurídica del acreedor con relación al deudor, haciendo suyas todas las acciones que á aquél correspondieran contra éste; subrogación que surge del hecho del pago por ministerio de la ley, sin necesidad de que la recla-

me el fiador ni que expresamente le ceda sus acciones el acreedor ó le otorgue la correspondiente *carta de lasto.*

Cuestión es esta que ha sido muy discutida entre los tratadistas, lo mismo nacionales que extranjeros. Y no sólo ha sido objeto de controversia en el derecho moderno el beneficio de subrogación, pues como tal beneficio se le ha considerado siempre, sino que también se observa la misma disparidad de criterio en las antiguas legislaciones, en alguna de las cuales se exigía como requisito preciso la previa cesión de acciones, porque el fiador que había pagado no tenía por sí ninguna acción propia para reintegrarse de aquello que hubiera satisfecho.

Explicando la teoría Laurent, dice, conforme con los romanistas é insistiendo en la afirmación de Ulpiano, que el fiador puede tener dos acciones: una personal, común, nacida del contrato de mandato ó de la gestión de negocios, y otra privilegiada, á la que denomina acción *subrogatoria,* la cual le es generalmente más favorable, porque le da las garantías todas que aseguran el pago del crédito y especialmente los privilegios y las hipotecas, aunque en algunas ocasiones, según indica dicho autor, puede ser más ventajosa la acción personal que la *subrogatoria,* como sucede, por ejemplo, en las deudas con interés, en las cuales el fiador no podría reclamar, por virtud de la acción subrogatoria, los posteriores al pago hecho por él, porque dicha acción no le concede otros derechos que los que le correspondieran al acreedor, mientras que como mandatario, y en la opinión común como gestor de negocios, tendría derecho á los intereses devengados desde el día de la anticipación de lo satisfecho en defecto del fiado. En este caso, ha dicho Mourlon (1), la acción personal es más beneficiosa en el supuesto de que el deudor sea solvente.

Otros ejemplos se citan de casos en que sucede lo mismo, como, por ejemplo, cuando la acción del acreedor hubiera prescrito, pues en dicho supuesto, le convendría utilizar la personal

(1) *Répétitions*, t. 3.°, p. 456, núm. 1156.

derivada del mandato ó de la gestión, porque el tiempo para la prescripción de ésta no nace desde que tiene origen la del acreedor, sino después, ó sea desde que el fiador hace el pago, y, por lo tanto, dicha acción puede subsistir aun cuando estuviere prescrita la del acreedor, en cuyo lugar se hubiera *subrogado* el fiador. Y también se menciona, como otro de dichos casos, el del débito hipotecario cuando el pago de la deuda no haya sido total, sino parcial (1).

Distinguen también dichas acciones los autores por razón de los diferentes requisitos ó condiciones exigidos para que el fiador tenga la acción personal, que son distintos de los requeridos para la acción *subrogatoria*, porque la primera no le corresponde más que cuando paga como mandatario ó gestor de negocios, careciendo en su consecuencia de ella cuando hace el pago contra la voluntad del deudor; y por el contrario, la subrogatoria la tiene siempre que haya pagado en lugar del deudor, el cual habrá de tenerle en todo caso como subrogado al acreedor en los derechos de éste, pues para la subrogación no hay que atender á las relaciones personales que existan entre el fiador y el deudor, sino que basta que el primero haya afianzado la deuda y la pague por el segundo para que surja la citada acción *subrogatoria*.

No hemos de entrar en la crítica de esta distinción entre dichas acciones, base de la doctrina con que los autores procuraron salvar las dificultades que ofrecía la teoría pura romànica, pues cualesquiera que sean los fundamentos de aquélla, carece de aplicación en la actualidad en nuestro derecho, pues prescindiendo el Código de las sutilezas del antiguo derecho, como hemos tenido ya ocasión de indicar, ha establecido la buena doctrina declarando que *el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor*.

Estos términos que hemos transcrito, y que constituyen el precepto contenido en el párrafo 1.° del artículo que examina-

---

(1) Aubry y Rau, t. 4.°, p. 689, nota 9, § 427.

mos, determinan con toda claridad el concepto del derecho de subrogación.

Es este un beneficio concedido al fiador, por consecuencia del pago, para hacer efectivo el derecho de indemnización que le concede el artículo anterior, y como ese beneficio depende ó se deriva de un acto personal y propio del fiador, no es necesaria para su ejercicio la intervención del acreedor. Por eso no es precisa la cesión de acciones que consideraban indispensable el derecho romano y con él las antiguas legislaciones.

Por el contrario, la personalidad individual del acreedor desaparece con el pago, y de este mismo hecho nace la subrogación, la cual, como ha dicho Troplong, coloca al fiador en el lugar del acreedor, y, por lo tanto, debe ejercer todos sus derechos. Es decir, que dentro de la teoría del Código no existe una cesión verdadera del crédito que del acreedor pasa á favor del fiador en toda su extensión, por consecuencia de haber cumplido éste la obligación principal; pues si el acreedor ha sido ya satisfecho en todos sus derechos, y por consecuencia de ello desaparecen su personalidad y las acciones derivadas de su crédito, no tiene ya nada que ceder; y lo que ocurre es que extinguido el crédito del acreedor contra el deudor, y sus relaciones personales con éste, surge otro por la misma obligación afianzada; crédito á favor del fiador contra el deudor, porque *ha pasado en cabeza del subrogado,* según dice Laurent, el crédito del acreedor tal como éste le poseía. Esto determina también la extensión de dicho derecho, de la que hemos de ocuparnos más adelante.

En su virtud, el fiador que paga por el deudor principal, puede desde luego entablar contra éste la reclamación correspondiente sin necesidad de ningún otro requisito, ejercitando cuantas acciones tuviera contra él el acreedor antes de hacerse dicho pago.

Siendo el beneficio de subrogación el medio de llegar á la efectividad del derecho de indemnización ó reintegro á que se refiere el art. 1838, desde luego se comprende que no podrá

tener lugar en aquellos casos en que el fiador no puede invocar el indicado derecho.

A este propósito dicen los autores, que el beneficio citado no puede tener lugar en los casos siguientes:

1.º Si el fiador hubiere pagado con intención de no repetir contra el deudor por estimar que en este caso existe una donación ó un perdón de la deuda que el fiado contraía para con el fiador.

2.º Si la fianza se constituyó en beneficio del fiador; y

3.º Si el fiador se constituyó como tal contra la voluntad del principal obligado.

En cuanto al primero de dichos casos no vemos inconveniente alguno para aceptar dicha opinión, pues si bien la ley no dice nada respecto de ello, está conforme con los principios jurídicos admitidos por el Código respecto á la renuncia de derechos, porque siendo renunciables, conforme al párrafo 2.º del artículo 4.º, todos los derechos concedidos por las leyes, cuando no sea contra el interés ó el orden público ó en perjuicio de tercero, resulta perfectamente legal la renuncia del derecho ó beneficio de subrogación, siempre que no se halle en alguno de los casos de excepción antes citados.

La dificultad estaría en conocer cuándo se había hecho el pago por el fiador *con la intención* de no repetir contra el deudor, porque no es fácil apreciar con claridad esas razones de intención ó esas consideraciones de orden interno que la determinan y que siempre son difíciles de estimar. Por eso entendemos que esa intención debe ser expresa y no implícita, y debe tenerse en cuenta respecto de esto lo que tenemos dicho con relación á la renuncia de los demás beneficios.

El segundo de los casos expuestos es muy raro que ocurra, pero en lo posible está, y entonces, como el beneficio de la fianza no cede en favor del deudor ni éste puede venir obligado á la indemnización ó al reintegro, falta la razón ó el objeto del beneficio de la subrogación.

En justificación del tercero de los casos citados se alega que

en el mismo resultaría una obligación directa entre el fiador y el acreedor, sin que pudiera decirse que existía relación intermedia entre el fiador y el deudor, puesto que éste se había opuesto á contraer obligación alguna con el fiador, y el requisito más esencial de los contratos es el consentimiento. Pero esta consideración, que se hace en apoyo de dicha opinión, está en oposición con lo establecido por el Código, pues éste, en el párrafo 2.º del art. 1823, admite la constitución de la fianza aun contra la voluntad del deudor, y la fianza así constituída produce sus naturales efectos, mientras que de aceptarse como buena la opinión citada, el resultado sería que la prestada en esa forma no podría tener eficacia por falta del requisito que se estima indispensable del consentimiento del principal obligado.

La causa de esa infundada creencia estriba en el error que se padece al suponer que es necesario el consentimiento del deudor como elemento preciso para el contrato; pero como dijimos y demostramos al comentar el citado art. 1823, no es precisa la intervención del principal obligado, ni, por lo tanto, su consentimiento para la constitución de la fianza más que en el caso de que ésta no sea gratuíta, y si entonces se estima necesario su concurso es para que conste su conformidad, no con la fianza, sino con las estipulaciones del contrato referentes á la remuneración ó retribución pactada y con las responsabilidades especiales que en dicho concepto contrae el deudor con relación al fiador.

Mas cuando la fianza es gratuíta, lo cual ocurre casi ordinariamente, ese consentimiento ó esa conformidad no es necesaria, y por lo tanto, no es precisa su intervención. De esto nos hemos ocupado ya suficientemente en su lugar oportuno, y no es necesario insistir sobre ello para demostrar dicha afirmación, bastándonos por ahora remitirnos á lo entonces expuesto.

Además, el pago al acreedor por el fiador no produce alteración alguna en la situación del deudor. Por consecuencia del contrato ó del acto jurídico de que se deriva ó nace la obligación principal, el deudor se obliga para con el acreedor ó aquellos que

representen sus acciones ó sean causahabientes del mismo. Y como quiera que por consecuencia del pago se subroga el fiador en el lugar del acreedor siendo causahabiente del mismo en cuanto á los derechos que tenía contra el deudor, es evidente que éste se halla igualmente obligado para con él, cualquiera que sean las condiciones ó las circunstancias en que el pago se realice, siendo indiferente el que el pago se haga antes ó después de ser requerido el deudor y con su conformidad ó sin ella, pues si bien en el primer caso pudiera privar á dicho deudor del derecho de utilizar en contra del acreedor todas las excepciones que en otro caso hubiera podido alegar, la ley le pone á salvo de ese peligro permitiéndole en ese caso hacer valer dichas excepciones contra el fiador que se subrogó en el lugar del acreedor, como terminantemente se previene en el art. 1840.

Aparte de esto, esa hipótesis á que se refiere la excepción tercera no es posible que ocurra en las condiciones ordinarias de la fianza, pues á tenor del art. 1830 no puede ser compelido á pagar el acreedor hasta que haya sido *excutido en sus bienes* el principal obligado, y entonces paga, no con la conformidad ó no conformidad del deudor, sino por la imposibilidad de éste.

Ese es el caso al que la ley se refiere y el único á que podía referirse, porque hasta entonces, hasta no estar comprobada la insolvencia ó imposibilidad total ó parcial del fiado, no empieza la oportunidad de reclamar contra el fiador, y no es de suponer que la ley fuera á prever el caso de que el fiador se anticipase á pagar antes de que pudiera reclamársele la efectividad de su compromiso.

Pero aun admitiendo este supuesto, aun aceptando la hipótesis de que el fiador voluntaria y espontáneamente pagase al acreedor antes de que éste pudiera dirigir contra él la acción y antes, por lo tanto, de que empezara la obligación del pago por parte suya, no perdería tampoco su derecho al reintegro por la oposición del fiador, pues en dicho caso se encontraría en identidad de situación, cuando menos, que el que paga por cuenta de otro contra su expresa voluntad, el cual puede repetir contra el

deudor, conforme al párrafo 3.º del art. 1158, *por aquello en que le hubiere sido útil el pago,* ó sea por la totalidad del débito, toda vez que en dicha cuantía le favoreció ó le fué útil el acto del fiador, en razón á que por haber pagado éste se vió libre de la ejecución ó de la reclamación del acreedor. Y lo que la ley concede en dicho caso al tercero no puede ser negado al fiador, cuyo derecho no es menos digno de protección.

Esto en el caso de que fuera posible, jurídicamente, esa hipótesis, que ya hemos dicho no lo es, pues antes del requerimiento al principal obligado no puede ser reclamado el pago al fiador, porque hasta entonces no ha llegado el momento de empezar la efectividad de su compromiso.

Y como al vencimiento de dicha obligación ó del débito surge la del deudor de abonarle, la falta de dicho pago por él implica su conformidad con el pago por parte del fiador, al cual pasa en dicho caso la obligación, si bien no puede ser efectiva hasta la excusión de los bienes del deudor, si se opusiere dicho beneficio; pero puede aquél renunciar á dicho beneficio, y pagar, una vez llegada la oportunidad de dirigir la acción contra él, para evitarse reclamaciones y gastos, sin que pueda darse el caso de la oposición del deudor ó de su voluntad en contra, pues por no satisfacer á su vencimiento la deuda ó no ejercitar las excepciones que le correspondiera para impugnar la misma, se conforma implícitamente con que la carga pase al fiador, con todas las consecuencias propias de ello, ó sea con la obligación del reintegro ó de la indemnización consiguiente al fiador que hubiere pagado por él.

Por estas razones el Código no ha establecido expresamente esa excepción, expuesta en tercer lugar por los tratadistas; y en cuanto á las otras dos, tampoco tenía por qué mencionarlas ni por qué ocuparse de ellas, toda vez que no son realmente excepciones del beneficio ó derecho de subrogación, sino una deducción natural de los principios ya sancionados respecto á las consecuencias de la obligación de reintegro ó de indemnización por parte del deudor, así como de las condiciones en que

hubiere contraído su compromiso el fiador. De aquí los términos absolutos del precepto del párrafo primero del presente artículo, según el que, siempre que el acreedor tenga derecho á reclamar el importe de su crédito, lo tendrá el fiador subrogado en su lugar por el beneficio de subrogación, á no mediar expresa renuncia de él ó pacto en contrario. Sólo una excepción consigna la ley por modo expreso, y es la del art. 1842, de la que nos ocuparemos al comentar dicho artículo.

En resumen, el Código no ha hecho otra cosa que aplicar á la fianza lo establecido ya para el pago por tercera persona, acomodando sus preceptos á la índole especial de los vínculos jurídicos propios de la fianza.

II. *Extensión del beneficio ó del derecho de subrogación.*—Hemos dicho que por virtud de la subrogación, derivada del pago, el fiador se subroga en todos los derechos del acreedor contra el deudor, viniendo á ocupar el mismo lugar que aquél con relación á éste, sin que sea precisa la cesión de acciones ó la carta de lasto, porque por ministerio de la ley pasan al fiador las acciones del acreedor por el hecho sólo del pago. Pero entiéndase bien que esta subrogación no puede entenderse en términos tan absolutos que traspasen los límites de lo que el fiador hubiere satisfecho, pues si bien es cierto que se coloca en el lugar del acreedor y debe tener los mismos derechos que éste por consecuencia de la subrogación, no lo es menos que existiría un enriquecimiento injusto en perjuicio del deudor si al fiador que paga por él se le permitiera reclamar más de aquello que pagó.

Además, el beneficio de subrogación es el medio de utilizar el derecho de reintegro, y no podría percibir á título de tal lo que excedieran de lo anticipado por él los derechos y acciones del acreedor.

Así es que si el crédito de éste era de 1.000 pesetas, y para ahorrar contiendas y reclamaciones judiciales, en beneficio de ambos, transigen el fiador y el acreedor, y, por consecuencia de dicha transacción, paga aquél menos de lo que tenía derecho á reclamar el acreedor, no podrá exigir del deudor las 1.000 pe-

setas importe del débito, sino lo que realmente hubiere pagado. Esto es lo que previene el párrafo 2.º del presente artículo, y lo que exigen la equidad y la justicia, pues lo contrario sería perjudicar los derechos del deudor.

En su virtud, la extensión del beneficio de subrogación está determinada por lo que hubiera tenido que satisfacer el fiador en defecto del fiado, y no puede ser de otro modo, porque derivándose la subrogación del pago hecho por el fiador, no puede tener aquélla más extensos límites que éste tuviera.

Eso no obsta para que el fiador tenga además derecho á reclamar hasta el total importe de todos los demás conceptos que comprende la indemnización con arreglo á lo establecido en el artículo 1838; pero esto no lo percibe como subrogado en la persona del acreedor, sino por derecho propio y personal. Es decir, que por la acción subrogatoria puede reclamar lo que pagó, y por la personal y propia, nacida de su cualidad de fiador, los otros conceptos distintos, cuales son: los intereses legales desde que se hizo saber el pago al deudor, los gastos que le fueron ocasionados después de puesto en conocimiento de éste el requerimiento al pago, *siempre que dichos gastos no dependan de su culpa,* y los daños y perjuicios cuando proceda su abono.

Con motivo de la extensión del derecho de subrogación, discuten los expositores de nuestro derecho si el fiador podrá pedir el abono de los desembolsos que hubiere hecho por razón de la fianza si al ser demandado dejare de oponer las excepciones que tuviera en su favor ó que correspondan al deudor, y derivan la duda de los términos de este artículo, en cuyo párrafo 1.º se limita la subrogación tan sólo á los derechos que el acreedor tuviera contra el deudor, entre los cuales no se halla el del reintegro de esos gastos ó desembolsos que se han causado con posterioridad á la reclamación.

Esta cuestión tiene su lugar oportuno al comentar el artículo 1853, en que se faculta al fiador para oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y fueren inherentes á la deuda siempre que no sean personales del prin-

cipal obligado, pues entonces será la ocasión de examinar las consecuencias que en el orden jurídico pueda y deba producir la falta de ejercicio de dicha facultad. Pero por anticipado la tenemos ya prejuzgada, puesto que al estudiar el precepto del artículo anterior tuvimos ocasión de exponer, en cuanto al tercero de los conceptos que comprende la indemnización debida por el deudor al fiador, que los gastos de que ha de ser indemnizado éste son los que se le hubieren ocasionado después de poner en conocimiento del deudor haber sido requerido para el pago y que no hubieren sido originados por su culpa.

Con arreglo á ese principio, base para la resolución de la cuestión citada, podemos establecer la distinción de que si las excepciones que dejó de utilizar no podía ejercitarlas por ser personales del deudor ó por cualquiera otra causa justa, tendrá derecho á reclamar el abono de los desembolsos ó gastos que hubiere tenido que hacer, puesto que no fueron producidos por su causa; pero si, por el contrario, se motivaron esos daños por no haber opuesto las excepciones propias suyas y las del deudor *pudiendo hacerlo*, debe sufrir las consecuencias de su falta y no tendrá derecho á pedir su reembolso ó reintegro, pues fueron originados por su culpa, y porque al dejar de hacer uso de dichas excepciones demuestra con sus actos una previa renuncia al reintegro.

Excusado es decir, que por el título de la subrogación sólo podrá reclamar aquello que hubiera tenido derecho á pedir del deudor el acreedor, como es la cuantía del débito con más los intereses correspondientes, si éste los devengare; y de los demás gastos de legítimo abono podrá solicitar su reintegro en virtud del derecho que le concede el art. 1838 para ser indemnizado de ello, ó sea en uso de la acción personal que le corresponde por consecuencia de la fianza.

III. *Concordancias.*—El artículo que comentamos tiene precedentes y concordancias en nuestra anterior legislación, como puede verse en la ley 4.ª, tít. 18, libro 3.º del Fuero Real y en las leyes 11 y 15 del tít. 12 de la Partida 5.ª El proyecto de

Código de 1851 propuso precepto análogo en su art. 1753; y tiene concordancias además con diversos artículos de los principales Códigos extranjeros, y entre ellos con los siguientes: el 2029 de los de Francia y Bélgica, el 1916 del de Italia, el 2237 del de Guatemala, el 2093 del del Uruguay, el 2042 del de Bolivia, el 2373 y 2374 del de Chile, el 1358 del de Austria, el 1877 del de Holanda, el 1507 del de Vaud, el 3022 del de la Luisiana, el 2029 del de la República Argentina, el 839 del de Portugal, el 2225 del de Veracruz Llave, el 1863 y 1864 del de Méjico, el 1747 y el 1748 del de la Baja California y el 774 del vigente Código alemán, que ha venido á sustituir á los arts. 338 y 339 del antiguo de Prusia, en que también se encontraban concordancias con el 1839 de nuestro Código, disponiéndose por el alemán, en el art. 774 citado, que el crédito contra el deudor principal pasará al fiador en la medida de lo que haya pagado al acreedor, y que esa subrogación no podrá invocarse en perjuicio de éste.

También por precepto expreso de dicho artículo adquiere el fiador las excepciones del deudor por cualquiera relación jurídica existente entre éste y aquél; y en cuanto á los cofiadores se establece la particularidad de que sólo estarán obligados entre sí en los límites indicados en el art. 426 de dicho Código, cuyo artículo se refiere á la determinación de las responsabilidades de los deudores solidarios, á los cuales quedan equiparados los fiadores, y como ellos responderán por partes iguales, y en el caso de que no pudiera obtenerse de alguno la parte que le corresponda deberán soportar el déficit los demás obligados al reembolso.

ARTÍCULO 1840

Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago.

ARTÍCULO 1841

Si la deuda era á plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza.

ARTÍCULO 1842

Si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y éste, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso alguno contra el segundo, pero sí contra el acreedor.

I. *Fundamento jurídico de estos artículos.*—En el comentario al art. 1839, hemos estudiado el beneficio ó el derecho de subrogación establecido como regla general por dicho artículo en favor de los fiadores; pero ese precepto, si bien se deriva de la naturaleza misma de la fianza y debiera tener, por lo tanto, aplicación en todos los casos, no es, sin embargo, tan absoluto que no tenga sus peculiares limitaciones ó excepciones, como sucede también con los beneficios de excusión y de división de que á su debido tiempo nos ocupamos.

La determinación de esas excepciones, así como la de los respectivos efectos de las mismas, es el objeto de los tres artículos que pasamos á examinar y que por la comunidad de su fin hemos agrupado para su estudio.

Como se deduce de la mera lectura de los mismos, esas limitaciones ó excepciones del derecho de subrogación producen efectos distintos, siendo unas absolutas y otras relativas, en cuanto á que los efectos de las primeras subsisten siempre y en todo caso, y en las segundas, por el contrario, sólo determinan una suspensión temporal en el ejercicio del derecho, ó una simple alteración en cuanto á la persona obligada al reintegro y contra la cual pueda ejercitarse el derecho derivado de la subrogación.

En el primero de dichos casos se encuentra la que se consigna en el art. 1840, y en el segundo aquellas á que se refieren los

artículos 1841 y 1842. Y como son distintas las causas ó fundamentos de ellas, así como los efectos que las mismas han de producir, conviene ocuparnos de cada una de éstas por separado, para no incurrir en confusiones en la exposición de la doctrina respectiva, ó para no dar lugar á error en su inteligencia.

a) *Caso en que el fiador paga sin ponerlo en conocimiento del deudor.*—Al conceder el art. 1838 al fiador el derecho de indemnización que tenemos ya explicado, le impone como única condición para su ejercicio que dé conocimiento al deudor de haber sido requerido de pago por el acreedor y de haberlo realizado en su caso, y sólo desde ese conocimiento ó aviso podrá devengar interés la cantidad que hubiera tenido que satisfacer para el pago de la deuda, y serán reintegrables los gastos que se le hubieren originado.

Como ya hemos indicado, la razón jurídica de esa exigencia de la ley, no tenemos que insistir ahora en su demostración, bastándonos apuntar como fundamento de ella que ese conocimiento es indispensable para que puedan imputarse al deudor las consecuencias de la falta de pago por su parte, pues desde el aviso indicado no puede alegar ignorancia sobre el hecho del requerimiento ó del pago, pudiendo, para evitar gastos y perjuicios, tomar á su cargo el abono del débito en el primer caso ó reintegrar en el segundo al fiador; y si no lo hace así, pudiendo y debiendo hacerlo, suya será la culpa y deberá sufrir las consecuencias de ella. El precepto del citado art. 1838, al imponer al fiador esa obligación, es pues justo y no puede ofrecer duda alguna.

Lo mismo sucede con el del art. 1840, en el que se establece la sanción correspondiente al incumplimiento de dicha obligación, sanción que tiene su fundamento en el principio de que el fiador no puede menoscabar los derechos é intereses del deudor. Y como al pagar al acreedor sin ponerlo en conocimiento del deudor le impide á éste ejercitar las excepciones que pudiera tener contra aquél, podría resultar perjudicado en su derecho y en sus intereses, si no se le permitiera ejercitar esas excepcio-

nes contra aquel que se subrogó en la persona del acreedor, ocupando el lugar de éste en las relaciones personales y jurídicas existentes entre ambos.

Por eso, para evitar dichos perjuicios, la ley faculta al deudor para ejercitar contra el fiador, en dicho caso, todas las excepciones que hubiera podido ejercitar de no haber pagado éste en silencio al acreedor. Al hacerlo así, se inspira en rectos principios de justicia; y si por consecuencia de la oposición de dichas excepciones se declarase en definitiva que el deudor no venía obligado á pagar al acreedor, y por este motivo no pudiera repetir contra aquél la cantidad que hubiera satisfecho, suya será la culpa y deberá imputarse á él el perjuicio, toda vez que dió ocasión á él por no haber cumplido la condición citada dejando de participar al deudor, pudiendo hacerlo, el requerimiento de pago ó el pago que se proponía hacer. El deudor, por lo tanto, al ser reconvenido por el fiador ó al repetir éste contra él por la cantidad que hubiere satisfecho, podrá oponer á dicha reclamación todas las excepciones que tuviere, aunque éstas sean personales para con el acreedor, como sucede con la compensación y la reconvención, puesto que el pago hecho por el fiador le imposibilitó para hacerlas valer á su debido tiempo, y no sería justo que un acto extraño suyo y llevado á cabo espontáneamente por otro, se convirtiera en su daño ó en su perjuicio.

b) Caso en que el fiador anticipe el pago de la deuda á plazo.— Si la deuda garantida con la fianza fué contraída á plazo determinado y el fiador la paga antes de su vencimiento, no podrá exigir del deudor el reembolso hasta que venza el plazo estipulado. Así lo establece el art. 1841, al consignar esta limitación ó excepción del beneficio ó derecho de subrogación, cuyo fundamento no puede ser más racional y justo, pues de lo contrario se agravaría notoria é indebidamente la condición del deudor, obligándole á reembolsar el débito antes de que hubiera llegado la ocasión en que venía obligado á satisfacerlo. Esto aparte de los abusos á que pudiera darse lugar mediante la confabulación del acreedor y el fiador, para adelantar el pago de la deuda con-

traída á plazo. Igual precepto establecía la ley 16, tít. 12 de la Partida 5.ª, que tenía su precedente romano en la ley 22, párrafo 1.º, tít. 1.º, libro 17 del Digesto, y en el mismo sentido se redactó el art. 1756 del Proyecto de Código de 1851.

La disposición citada es una consecuencia lógica del carácter subsidiario de la fianza, pues por consecuencia de él no responde de la deuda el fiador desde luego y de una manera directa, sino subsidiariamente, es decir, en defecto del deudor y después que haya llegado la ocasión ó el momento en que éste debe cumplir la obligación principal; y por lo tanto, no tiene necesidad de hacer adelanto alguno. Si, pues, anticipa el pago, será por su exclusiva voluntad, porque la ley no le obliga á ello; y de esos adelantos que espontáneamente y sin necesidad hiciere, no puede ser responsable el deudor por quien pagó, sino después que hubiere vencido el plazo señalado para el cumplimiento de la obligación afianzada, pues si así no fuera, vendría á facultarse al fiador para agravar ó hacer de peor condición al deudor por su simple voluntad.

Basta lo dicho para comprender la razón y la justicia de esta limitación impuesta al derecho derivado de la subrogación, cuya limitación viene á surtir tan sólo un efecto relativo, el de aplazar hasta el vencimiento de la deuda el ejercicio de las acciones que por consecuencia de la subrogación en los derechos del acreedor puede el fiador utilizar contra el deudor; pero de ningún modo le priva de su oportuno ejercicio el adelanto ó la anticipación en el pago.

c) *Caso en que el deudor paga después que el fiador por ignorar que lo hubiera hecho éste.*—En dicho caso, la ley priva al fiador de toda acción contra el deudor, y por consiguiente, no puede tener lugar la subrogación que autoriza el art. 1839. Sólo le concede recurso contra el acreedor que indebidamente cobró dos veces su crédito; una del fiador y otra del deudor. En su consecuencia, el efecto de la limitación ó causa de excepción establecida por dicho motivo en el art. 1842, tercero de los que hemos agrupado en este comentario, no es otro que el de alterar la persona contra

la cual haya de dirigir sus acciones el fiador para reintegrarse de los desembolsos hechos por el mismo.

La razón ó el fundamento de la primera de las disposiciones consignadas en dicho art. 1842, es la misma que tenemos indicada respecto del primero de los casos de que nos ocupamos, pues según dijimos entonces, el fiador no puede menoscabar con sus actos los derechos é intereses del deudor, y por lo tanto, no hay razón alguna para impedirle que pague á su acreedor, cuando no se le ha dado antes noticia de haber pagado ya el fiador. Y hecho el pago en dicho caso, cesan de derecho todas las relaciones jurídicas respecto del deudor, quedando totalmente extinguidas las responsabilidades contraídas por él, en cuanto á la obligación principal y en cuanto á la fianza. De aquí que no pueda ejercitar acción alguna contra él el fiador, pues por el pago que válidamente hizo, se libertó, no sólo del acreedor, sino también del fiador, el cual debe sufrir las consecuencias de sus actos, ó sea de la falta de aviso al deudor, toda vez que esa falta es sólo imputable á él, y en modo alguno al deudor, al cual, en otro caso, se le obligaría á pagar dos veces la deuda, si después de satisfecha por él al acreedor tuviera que reembolsar también al fiador por el hecho de haberse anticipado éste á pagar sin ponerlo en conocimiento del deudor.

Es, pues, indudable y de una evidencia exenta de todo motivo de duda, que no puede subsistir en el caso expuesto acción alguna á favor del acreedor ni del fiador, pues el deudor al hacer el pago dejó cumplida su obligación por completo, sin que quedare pendiente ninguna consecuencia jurídica de la misma.

La segunda de las disposiciones de dicho artículo es de mero buen sentido y se funda en una razón de justicia indiscutible, pues si el acreedor por mala fe, por error, ó por otra causa cualquiera, indebidamente cobró dos veces su crédito, justo es que reembolse por el deudor al fiador de la cantidad que hubiere satisfecho por éste, pues en otro caso vendría á enriquecerse *torticeramente* en perjuicio evidente del fiador.

Del doble pago no es culpable el deudor puesto que no se le

dió aviso del primero, y quedando extinguidas sus responsabilidades por el hecho del pago, no puede haber lugar á reclamación alguna contra él.

Por el contrario, el causante de todo es el acreedor, que teniendo percibido ya el importe del débito, lo recibe voluntariamente por segunda vez, y como en su poder ingresó el doble importe de la deuda, él es el que debe indemnizar al fiador, en cuya virtud hay que reconocer acción á su favor contra éste para poder reclamar el reintegro ó el reembolso de lo que satisfizo.

Dicho precepto tiene precedentes en la ley 3.ª, tít. 1.º, libro 17 del Digesto; y el Proyecto de Código de 1851, propuso análoga disposición en la primera parte de su art. 1755.

II. *Concordancias.*—El primero de los artículos que son objeto del presente comentario, ó sea el 1840, concuerda, entre otros, con los siguientes: el 2031 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 1918 del de Italia, el 2097 del del Uruguay, el 2377 del de Chile, el 1361 del de Austria, el 1879 del de Holanda, el 1509 del de Vaud, el 3024 del de la Luisiana, el 2033 del de la República Argentina, el 838 del de Portugal, el 2237 del de Veracruz-Llave, el 1866 del de Méjico y del de Campeche y el 1750 del de la Baja California.

A su vez el art. 1841 concuerda con el 2099 del Código del Uruguay, con el 2373 del de Chile, con el 2031 del de la República Argentina, con el 1869 del de Méjico, con el 2238 del de Verucruz-Llave, con el 843 del de Portugal, con el 1869 del de Campeche, con el 1753 del de la Baja California y con algunos otros.

Y, finalmente, el art. 1842, último de los comprendidos en este común comentario, tiene concordancias también con el 2031 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el primer apartado del 1918 del de Italia, con el párrafo 1.º del 2258 del de Guatemala, con el párrafo 3.º del 2097 del del Uruguay, con el segundo apartado del 2377 del de Chile, con el 2044 y 2045 del de Bolivia, con el 1361 del de Austria, con el 1879 del de Holanda, con el 1509 del de Vaud, con el 3024 del de la Luisiana,

con el apartado primero del 2033 del de la República Argentina, con el 842 del de Portugal, con el 1867 de los de Méjico y Campeche y con el 1751 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1843

El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal:

1.º Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.

2.º En caso de quiebra, concurso ó insolvencia.

3.º Cuando el deudor se ha obligado á relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido.

4.º Cuando la deuda ha llegado á hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.

5.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, á menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años.

En todos estos casos la acción del fiador tiende á obtener relevación de la fianza ó una garantía que lo ponga á cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor.

I. *Fundamento jurídico de los preceptos de este artículo.*—Hemos dicho con repetición, que siendo la obligación de fianza de carácter puramente subsidiario, no nace contra el fiador la reclamación para el pago hasta que se haga completa excusión de los bienes del deudor, en el caso de haberse opuesto dicho beneficio, según previene el art. 1830, que establece de un modo terminante dicha subordinación de la reclamación contra el fiador á la del deudor en dicho caso; y si bien el art. 1838 le concede el derecho de indemnización en los términos que en su oportunidad expusimos, es lo cierto que ese derecho no puede ser puesto en ejercicio hasta que el fiador haya hecho el pago de la obliga-

ción principal, toda vez que ese es el acto que da origen ó sirve de causa á la indemnización citada.

Esta es la doctrina establecida por el Código, según la que, todos los efectos que la fianza produce entre el deudor y el fiador, dependen exclusivamente del hecho del pago realizado por éste, y en rigor de principios, hasta que esto no tenga lugar, ningún derecho puede asistir al fiador para proceder contra el fiado.

Sin embargo, hay casos en que la ley no puede menos de prescindir del rigorismo de dicha doctrina, facultando al fiador para proceder contra el deudor aun antes de haber pagado él en consideración á motivos poderosos de equidad, que la misma no debía desatender.

Esos casos son los que enumera el artículo cuyo precepto nos corresponde examinar, y basta la lectura de los mismos para comprender la razón en que se funda cada uno de ellos y la justicia en que se inspiran las reglas establecidas en dicho artículo, pues si bien la fianza se constituye principalmente para la seguridad del cumplimiento de la obligación afianzada, y en beneficio del acreedor, no por eso ha de dejarse al fiador sin la debida garantía para su reintegro, ó en condiciones en que sea imposible conseguir la indemnización á que tiene derecho, conforme al art. 1838. Pero aunque es de tal evidencia la razón de esas excepciones de la doctrina general, que no necesitan una especial justificación de las mismas, no está demás que consignemos algunas indicaciones muy someramente en explicación de ellas, para evitar toda duda respecto de su inteligencia, y para esto debemos examinarlas por separado.

a) *Reclamación del pago al fiador.*—El primero de los casos en que éste puede proceder contra el deudor principal, aun sin haber realizado el pago, es cuando se vé demandado para el pago por el acreedor; cuyo caso no constituye una novedad en nuestro derecho, pues previsto y regulado se hallaba en él.

En efecto, la ley 14, tít. 12 de la Partida 5.ª, después de consignar el principio general, admitido también por nuestro

Código, de que los fiadores no pueden entablar sus reclamaciones para el reintegro *fasta que paguen alguna cosa del debdo porque entraron fiadores,* admite, sin embargo, cinco motivos de excepción análogos á los consignados en nuestro vigente Código, siendo el primero de ellos *si el que entra fiador fuere judgado a pagar toda la debda ó parte della.* Es decir, que exigía que el fiador hubiere sido *condenado* ya al pago, en todo ó en parte, para que pudiera dirigir sus acciones contra el principal obligado, aunque desde el momento de ser demandado podía emplazar al deudor para que pagase y le libertara de la obligación subsidiaria; pero el artículo que examinamos, dando mayor amplitud y eficacia á la acción del fiador, le autoriza para proceder directa y personalmente contra el deudor desde que sea judicialmente demandado, para asegurar de ese modo la efectividad y el cumplimiento de la responsabilidad de éste para con el fiador luego que por defecto de aquél haya de ser pagado el débito por éste.

A primera vista parece innecesaria la disposición de la ley en este caso, pues pudiendo oponer á la demanda desde luego el fiador el beneficio de excusión, no necesita dirigir él sus procedimientos contra el deudor, porque por virtud de dicho beneficio, si se encuentran bienes del principal obligado, con ellos se satisfará la obligación afianzada sin que tenga el fiador que hacer efectiva ninguna de las responsabilidades que contrae por el contrato de fianza. Pero aparte de que el uso del beneficio de orden ó de excusión no es obligatorio, existen casos en que no es posible su oposición, según el art. 1831, y por lo tanto, quedaría indefenso el fiador, ó sin medio alguno para evitar que llegara á la insolvencia el deudor, mientras se sustanciaba la demanda ó la reclamación contra él deducida por el acreedor; y á fin de evitarle dicho perjuicio ó dicho inconveniente, le autoriza la ley para proceder contra el deudor desde el momento mismo en que fuere demandado, sin necesidad de esperar á que hiciere el pago.

b) Quiebra, concurso ó insolvencia del deudor.—Este caso, que es el segundo de los consignados en el artículo, parece tomado

también de la ley de Partida antes citada, pues la quinta de las razones de excepción admitidas por la misma para que el fiador pudiera apremiar al deudor, era que aquel á quien fió comenzase *á desgastar sus bienes,* y tanto por ella como por las demás razones ó motivos expuestos en dicha ley, podía *desatarse la fiadura* y el fiador podía apremiar al fiado para que *le sacase della.* Y no sólo encontramos ese precedente en nuestro derecho común, sino que en las legislaciones forales, y especialmente en la navarra, se registraba en el contrato de fianza la particularidad de que el fiador podía impedir que el fiado ó deudor principal enajenase sus bienes para evitar de ese modo que quedase insolvente, burlando sus responsabilidades para con aquél, y defraudando los intereses y los derechos del fiador.

El Código alemán, en el núm. 1.º del art. 775, autoriza al fiador para pedir al deudor que le *descargue* de la fianza «cuando el estado de fortuna de éste haya sufrido un deterioro esencial»; pero si aún no hubiere vencido el plazo de la obligación principal podrá el deudor, tanto en este caso como en los demás que admite el expresado artículo, darle garantías en vez de liberar de la fianza al fiador. Antes de la publicación de dicho Código, cuando regían las legislaciones especiales de los diversos Estados que constituyen el Imperio, el Código bávaro reconocía la quiebra del deudor como causa bastante para que el fiador pudiera proceder contra él, y el prusiano concedía esa facultad cuando el fiado empezaba á disipar su fortuna.

Los Códigos de Francia, Bélgica, Italia, Austria, Méjico, Vaud y de algunas otras naciones, se ocupan también en la misma ó parecida forma de esta causa de excepción de la doctrina común, y reconocen por regla general que la quiebra, el concurso, la insolvencia ó el quebranto en los bienes del deudor, es causa bastante para permitir al fiador que tome sus medidas de precaución ó de seguridad contra el fiado, pues hay desde luego el peligro de que aquél no pudiera después reintegrarse de los desembolsos que tuviera que hacer para pagar por el principal obligado.

Tan de buen sentido es esta regla, que no puede suscitar duda ninguna ni ser objeto de impugnación, por lo que sin más amplia exposición de sus fundamentos, pasamos desde luego al examen del siguiente caso.

c) *Vencimiento del plazo dentro del que debiera el deudor relevar de la fianza al fiador.*—En tercer lugar se ocupa el Código del caso en que el deudor se hubiere obligado á relevar de la fianza al fiador en un plazo determinado, y en dicho caso admite que transcurrido que sea el plazo estipulado sin que el fiado haya cumplido la obligación contraída de relevar al fiador, pueda éste proceder contra aquél sin necesidad de esperar á que se haga el pago por su parte.

Este caso está tomado también de la ley 14, tít. 12 de la Partida 5.ª, pues al exponerse en ella la cuarta de las razones por las que podía apremiar el fiador al deudor *para que le sacase de la fiadura* sin ser preciso que hubiera pagado algo de la deuda por la que entrara fiador, literalmente se dice: *La quarta es, si cuando entró fiador señaló día cierto aquel deuiesse sacar de la fiadura e es passado.*

El Código austriaco, el mejicano y algunos otros, admiten también esta causa de excepción, la cual resulta justificada por sí sola, siendo impuesta por la ley del contrato, pues cuando el deudor se ha obligado á relevar de la fianza al fiador en un plazo determinado, es de todo punto indudable que al vencimiento de dicho plazo ha de quedar aquél exento de todo compromiso, pudiendo para defenderse proceder desde luego contra el principal obligado.

d) *Demora en el cumplimiento de la obligación.*—Otro de los casos en que, con arreglo á la ley, puede proceder el fiador contra el deudor sin esperar al pago de la obligación principal, es el cuarto de los determinados en el presente artículo, ó sea cuando la deuda ha llegado á hacerse exigible por haber vencido el plazo en que debía satisfacerse, lo cual presupone ó implica la demora en su cumplimiento, pues si, por el contrario, el deudor paga ó cumple dicha obligación al vencer el término ó al llegar

el día señalado para ello, se extinguirá por ministerio de la ley la responsabilidad del fiador, y extinguidas sus obligaciones, del mismo modo han de quedarlo las acciones nacidas á su favor por consecuencia de la fianza que quedó caducada por el pago.

Se trata, pues, en este caso del deudor, que habiendo vencido el plazo fijado para el cumplimiento de la obligación principal ó para el pago de la deuda no lo hace, sin embargo, demorando injustamente los deberes contraídos por el mismo en el contrato á que debe su origen dicha obligación.

Ningún antecedente tiene en nuestro antiguo derecho; pero resulta perfectamente lógico, pues si bien á primera impresión parece que carece de objeto ó de aplicación, porque vencido el plazo del cumplimiento de la obligación puede exigir dicho cumplimiento desde luego el acreedor, primero del deudor y luego del fiador, y de suponer es que así lo haga por no haber razón alguna para que demore en su perjuicio el ejercicio de las acciones que le corresponden, como de demorarse por el deudor el pago y por el acreedor su reclamación, pueden aumentarse las responsabilidades del débito por intereses, gastos y otros conceptos que habrían de recaer sobre el fiador por ser un deudor subsidiario, es justo y muy racional que para evitar ese perjuicio se le conceda el derecho de proceder contra el deudor para ponerse á salvo de una ulterior insolvencia.

Y ese derecho puede y debe ejercitarlo desde luego, sin que obste á ello la consideración que pudiera alegarse de que el hecho de no reclamar el acreedor la deuda á su vencimiento implica una prórroga del plazo señalado para su vencimiento, que impide estimar vencida la obligación, pues en sentencia de 22 de Marzo de 1901 se halla declarado por el Tribunal Supremo que «la mera circunstancia de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación inmediatamente que ésta vence, y la de que retrase más ó menos el ejercicio de su acción no significa ni revela la intención de conceder al deudor prórroga alguna; y que entendiéndolo así, y condenando al fiador al pago de las

deudas, no se infringe el art. 1851, ya que, según el art. 1847, la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones, y conforme al núm. 4.° del 1843, cuando la deuda ha llegado á hacerse exigible, puede el fiador, aun antes de haber pagado, proceder contra el deudor principal».

No hay, pues, razón alguna que impida al fiador el ejercicio de ese derecho, el cual nace con el vencimiento del plazo, porque nadie puede campeler á dicho fiador á que su obligación subsista por más tiempo que aquel por el que se propuso quedar obligado, hasta el punto de que si el acreedor amplía ó prorroga el plazo, se extinguirá la fianza si no se cuenta con la conformidad del fiador, como veremos más adelante al examinar el art. 1851, citado en la sentencia á que nos hemos referido.

El Código del Imperio alemán, en el núm. 3.° de su art. 775, autoriza también al fiador para exigir al deudor que le *descargue* de la fianza cuando el deudor principal demore el cumplimiento de su obligación. El austriaco establece que «por haber transcurrido el tiempo dentro del que habría debido pagar el deudor, no estará liberado todavía el fiador de su fianza, aun cuando el acreedor no haya solicitado el pago; pero si hubiera prestado la fianza con el consentimiento del deudor, podrá exigirle á éste una caución» (art. 1364). Es decir, que el derecho establecido para dicho caso en nuestro Código y en algunos extranjeros, se reduce, según esa legislación, á la reclamación de una caución y sólo cuando no la preste el deudor será cuando podrá procederse contra él por el incumplimiento de esta obligación. El Código mejicano, por el contrario, autoriza al fiador para proceder desde luego contra el fiado *si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo,* estableciendo concisa y categóricamente en dichos términos la misma doctrina que el nuestro. Del mismo modo consignan dicha facultad otros muchos Códigos extranjeros, y en ello están conformes casi todos los tratadistas, si bien, algunos sostienen que en todo caso debiera preceder la excitación ó requerimiento del fiador al acreedor para constituir á

éste en mora, al efecto de que sea de su cargo ó pueda imputarse al mismo toda insolvencia posterior.

e) *Largo transcurso de tiempo en las obligaciones sin término.*—El lapso de cierto número de años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, es otra de las causas que autorizan al fiador para proceder contra el fiado, aun antes de realizar aquél el pago.

La ley de Partida, antes citada, reconocía la causa, pero no fijaba la duración del período de tiempo cuyo transcurso había de autorizarla, dejándolo al arbitrio de los Tribunales, á cuyo efecto, enumerando los motivos ó las razones de excepción antes indicadas, decía: «La segunda es, si ouiesse estado gran tiempo en la fiança. É este tiempo deue ser determinado segun alvedrio del judgador.» El Código civil, al trasladarla al actual derecho positivo, ha fijado un término preciso, conforme con la opinión de la mayoría de los autores, para salir de perjudiciales incertidumbres. Ese plazo es de diez años, á menos que la obligación afianzada sea de tal naturaleza, que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor del indicado.

La razón de dicho precepto estriba en que no pueden quedar en lo incierto indefinidamente las obligaciones del fiador, viniendo á constituirle en una permanente dependencia de las estipulaciones del contrato celebrado, y por eso casi todos los Códigos reconocen el transcurso de determinado tiempo como causa bastante para facultar al fiador á promover el procedimiento, ó á poner por su parte los medios para libertarse él de dicha carga, ó para hacer que le libere de ella el deudor, como necesidad impuesta por la naturaleza misma de la fianza, que no autoriza ni puede autorizar que quede permanentemente en suspenso la obligación principal cuando su fin es facilitar la efectividad y cumplimiento de la misma.

Reconociéndolo así el Tribunal Supremo de Justicia, ha sancionado dicha doctrina en sentencia de 2 de Noviembre de 1892, en la que se establece, como razón de jurisprudencia, que, según la ley 8.ª, tít. 18, libro 3.º del Fuero Real, concor-

dante con la 14, tít. 12 de la Partida 5.ª, puede el fiador exigir al deudor principal que le releve de la fianza que por él hubiere prestado, entre otros casos, cuando, habiéndola otorgado sin plazo fijo, no hubiere sido relevado de ella en el transcurso de un año. Pero el Código no se ha conformado con tan corto plazo, y ha señalado el de diez años.

Ese mismo término es el fijado también por el Código mejicano (art. 1870, caso 6.º); y en igual sentido se halla redactado el núm. 5.º del art. 1510 del de Vaud, si bien la excepción con que termina la prevención indicada se amplía en dicho Código, comprendiendo dentro de sus límites, no sólo el caso de que la obligación principal no pueda ser extinguida al cabo de los diez años, sino también el de que por su naturaleza no sea exigible en un tiempo determinado.

El Proyecto de Código de 1851 estableció un caso más, cual es, el de que hubiere temor de que el deudor se fugue ó quiera dejar el Reino: caso que, en términos parecidos, si bien no idénticos, encontramos consignado en el núm. 3.º del art. 1870 del Código de Méjico, en el que se concede al fiador la facultad de que venimos ocupándonos cuando el deudor pretende ausentarse de la República. La disposición de la ley en dicho caso, se deriva de la exigencia de algunas legislaciones, y lo mismo de nuestro Proyecto indicado, de haber de residir el fiador dentro del Reino para que se le tenga como persona idónea y con capacidad suficiente para obligarse en dicho concepto. Pero habiendo prescindido el Código de dicha exigencia, como tenemos dicho, no podía considerar como causa bastante para autorizar al fiador en la forma indicada, la fuga del deudor ó el abandono del Reino llevado á cabo por el mismo.

En cualquiera de los cinco casos consignados en el artículo que examinamos, la acción del fiador tiende á obtener la relevación de la fianza ó una garantía que le ponga á cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de la insolvencia en el deudor, y así explícitamente lo declara este artículo en su último párrafo.

No terminaremos el estudio de los efectos que la fianza puede producir en las relaciones derivadas de ella, existentes entre el deudor y el fiador, sin indicar una cuestión de que se ocupan los tratadistas, y que tiene relación con esta materia. Con tal motivo se dice: Si por mandato de un tercero se constituye alguno en fiador de otro que no esté presente, y llegare á pagar algo por el deudor, ¿á quién habrá de repetir por la cantidad que hubiere satisfecho? ¿Deberá reclamar el reintegro ó la indemnización directamente del deudor ó del tercero por mandato del cual pagó?

Los autores entienden que en dicho caso no podrá el fiador repetir contra el deudor á quien fió, sino contra el tercero, fundándose para ello en que la relación jurídica en el mismo surgirá entre el fiador y el mandante, puesto que entre el fiador y el deudor no existiría ninguna á no ser la del hecho del pago realizado por el primero, y precisamente ese hecho resulta llevado á efecto, no en consideración del deudor, sino del mandante.

Pero cualquiera que sea el mayor ó menor fundamento que pueda tener la teoría sostenida por los que tal opinión mantienen, es lo cierto, que en el caso expuesto existe un contrato mixto de fianza y de mandato, ó, mejor dicho, dos relaciones jurídicas distintas, pero coexistentes y concurrentes á un fin: una entre el fiador y el fiado, y otra entre el fiador también, como mandatario, y el mandante. Y dicho esto, desde luego se comprende que, como consecuencia de esa duplicidad de relaciones jurídicas, tendrá dos acciones diferentes también, una como fiador contra el fiado para reclamar de él la indemnización á que se refiere el art. 1838, y otra como mandatario contra el mandante para exigir de éste, conforme á lo establecido en el artículo 1728, el reembolso de las cantidades que hubiere tenido que anticipar por consecuencia de la fianza para la ejecución del mandato, con más los intereses de la cantidad anticipada y los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mismo, sin culpa ni imprudencia por parte del mismo mandatario (art. 1729).

II. *Concordancias.*—Según hemos dicho antes, concuerda con el artículo que examinamos el 1870 del Código de Méjico, el cual en vez de los cinco casos de excepción establecidos en el nuestro, admite seis, como el Proyecto de 1851, disponiéndose en él lo siguiente:

«El fiador puede, aun antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago ó le releve de fianza:

»1.º Si fuere demandado judicialmente.

»2.º Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente.

»3.º Si pretende ausentarse de la República.

»4.º Si se obligó á relevarle de la fianza en tiempo determinado y éste ha transcurrido.

»5.º Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo.

»6.º Si han transcurrido diez años, no teniendo la obligación principal término fijo, y no siendo la fianza por título oneroso».

Este Código es el que más semejanza tiene en su precepto con el nuestro y por ello nos ocupamos de él en primer lugar al establecer sus respectivas concordancias con las demás legislaciones. En cuanto al caso 3.º, que no existe en el nuestro, hemos dicho ya que obedece al criterio adoptado por algunos legisladores y tratadistas que exigen que el fiador viva dentro de determinado territorio como medio más fácil de seguir contra el mismo la reclamación en su caso; pero habiendo prescindido justamente nuestro Código de dicha circunstancia, faltaba, por lo tanto, la razón para establecer un caso de excepción análogo que, según el propuesto, también con el núm. 3.º, en el artículo 1757 del Proyecto de 1851, se extendía al caso en que hubiera temor de que se fugara el deudor ó de que quisiera dejar el Reino.

El Código alemán, al exponer en su art. 775 los casos en que puede el fiador exigir al deudor que le *descargue* ó libere de la fianza, establece como tales los cuatro que á continuación con-

signamos, algunos de los cuales concuerdan sustancialmente con los establecidos por nuestro derecho:

«1.º Cuando el estado de fortuna del deudor principal haya sufrido un deterioro esencial.

»2.º Cuando sea muy difícil proceder judicialmente contra dicho deudor por consecuencia de un cambio de domicilio, de residencia industrial, ó de residencia ordinaria del deudor principal, ocurrido después de la fianza.

»3.º Cuando el deudor principal demore el cumplimiento de su obligación.

»4.º Cuando el acreedor haya obtenido contra el fiador una sentencia ejecutoria, ordenando el pago.»

Es decir, que el citado Código exige, como exigía la ley 14, título 12 de la Partida 5.ª, que el fiador sea condenado ya al pago por sentencia firme para concederle el derecho de proceder contra el fiado, mientras que nuestro Código amplía el beneficio que esto representa otorgándoselo desde el momento de ser demandado judicialmente.

Añade además el art. 775 citado, que «si aun no hubiese vencido la obligación principal, podrá el deudor darle garantías en vez de liberar al fiador», por cuyo medio puede librarse el principal obligado de la reclamación que intentase contra él dicho fiador.

El Código austriaco, á su vez, con referencia á la causa de excepción, fundada en el lapso del término fijado en las obligaciones á plazo, dispone: «Por haber transcurrido el tiempo dentro del que habría debido pagar el deudor, no estará liberado todavía el fiador de su fianza, aun cuando el acreedor no haya solicitado el pago; pero si hubiera prestado la fianza con el consentimiento del deudor, podrá exigirle á éste una caución»; si bien queda á salvo al fiador la indemnización que le corresponda si por la negligencia del acreedor en exigir el abono del crédito experimentase algún perjuicio al repetir por el reembolso, de cuyo perjuicio declara responsable al acreedor dicho artículo.

El Código portugués, en su art. 814, señala los mismos ca-

ses que propuso el art. 1757 del Proyecto de Código, tantas veces citado, ó sea sustancialmente los mismos consignados en el artículo que motiva este comentario, y además aquel en que hubiere temor de que el deudor se fugue ó quiera dejar el Reino.

Además, y salvas las diferencias que tenemos ya indicadas, concuerda también dicho artículo con el 2032 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1919 del de Italia, con el 1880 del de Holanda, con el 2235 del de Guatemala, con el 2089 del del Uruguay, con el 2369 del de Chile, con el 2046 del de Bolivia, con el 3026 del de la Luisiana, con el 2026 del de la República Argentina, con el 1754 del de la Baja California, con el 1870 del de Campeche, con los 2239 al 2243 del de Veracruz-Llave y con algunos otros.

SECCIÓN TERCERA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS COFIADORES

Las disposiciones de los tres artículos que constituyen esta sección especial tienen por objeto la regulación del tercer orden de relaciones que, según dijimos oportunamente, puede producir el contrato de fianza.

Con gran claridad determina el Código dichos efectos, y con la doctrina legal consignada en el mismo sobre ellos, ha venido á modificarse esencialmente la del derecho anterior, que sólo concedía acción al fiador que pagó, para dirigirse contra los cofiadores cuando previamente obtenía la llamada *carta de lasto*, mediante la cual le cedía el acreedor todos sus derechos. Hoy, por el contrario, por el mero hecho del pago, siempre que en él concurran las circunstancias requeridas por la ley, puede pedir el fiador á cada uno de los demás fiadores la parte proporcional correspondiente; y si alguno de ellos resultare insolvente, su parte recaerá sobre todos en la misma proporción.

Este es el principal efecto de la fianza entre los cofiadores, el cual es consecuencia del beneficio de división, de que nos ocupamos al comentar el art. 1837, según el que, no podrá reclamar de los fiadores el acreedor, y, por lo tanto, el fiador, que

por consecuencia del pago se subroga en su lugar y en sus derechos, más que la parte que á cada uno le corresponda satisfacer, á menos que se hubiere estipulado expresamente la solidaridad entre ellos.

Con sus disposiciones, el Código ha venido á esclarecer esta materia, haciendo imposible todas las cuestiones que en otro tiempo se suscitaban, pues es sabido que antes de su publicación eran muy dudosos los efectos que producía entre los cofiadores el pago que uno de ellos hiciera de la obligación garantida por todos.

En efecto; opinábase comúnmente que el fiador que satisfacía por completo la deuda no tenía acción alguna contra los demás cofiadores, sino que únicamente podía exigir del deudor principal el reintegro de lo pagado, á no mediar la cesión de acciones que antes hemos indicado, en cuyo único caso le concedía el derecho de repetir contra los demás obligados por el título de la fianza, haciéndolo por vía de excepción y no en el concepto de fiador ni por su cualidad de tal, sino en el de cesionario del acreedor, y al conceder el Código al fiador en todo caso el derecho de repetición contra los cofiadores, sin necesidad de la *carta de lasto* ni de ningún otro requisito, ha vuelto por los fueros de la justicia y á la vez ha disipado las dudas que subsistían sobre ello.

Todos los efectos de que esta sección se ocupa derivan necesariamente del pago de la deuda principal hecho por uno ó varios de los cofiadores; pero no en todos los casos podrá producirse el de repetición contra éstos para el reintegro, sino que para ello es preciso, por las razones que más adelante expondremos, que, como terminantemente se previene en el párrafo 3.º del artículo 1844, se haya hecho el pago en virtud de una demanda judicial ó por hallarse el deudor principal en estado de concurso ó quiebra. Si, por el contrario, se hizo el pago en otra forma ó en otras circunstancias, deberá suponerse que el cofiador que paga se subroga en lugar de todos, y entonces deberá dirigirse como único fiador contra el deudor.

Además, para el efecto del reembolso á prorrata, los cofiadores tendrán siempre las mismas excepciones que el deudor hubiera podido ejercitar contra el acreedor, excepto las que fueran personales de aquél; y el subfiador, ó sea el fiador del fiador, sustituirá á éste en todo, lo mismo para con el acreedor que para con los cofiadores en caso de insolvencia.

Con estas indicaciones podemos entrar ya en el estudio de cada uno de los diversos artículos de que consta esta sección.

ARTÍCULO 1844

Cuando son dos ó más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, ó hallándose el deudor principal en estado de concurso ó quiebra.

I. *Explicación de los preceptos de este artículo.*—Prescindiendo también de los rigorismos y sutilezas del Derecho romano, y supliendo las deficiencias de nuestra antigua legislación, el Código establece en este artículo, inspirándose en la equidad, el principio de que los cofiadores quedan obligados, para con el fiador que pagó, en proporción al beneficio que les resulta del pago, subrogándose de derecho en el lugar del acreedor el que lo hizo.

Esa proporción en que deben contribuir los cofiadores al reintegro del que pagó, la hemos explicado ya y no necesitamos insistir sobre ello. Según entonces dijimos, está en relación con la cuantía por la que se obligaron, pues el beneficio que cada uno de ellos recibe por el pago, es el de libertarles de la carga ó de la obligación que tenía respecto del acreedor, el cual no puede llevar el compromiso del cofiador más allá de los límites

en que éste quiso obligarse ó de los que la ley impone, y sabemos que por virtud del beneficio de división, concedido á los fiadores en el caso de ser más de uno los que aseguren ó afiancen una misma deuda y á un mismo deudor, el acreedor no puede reclamar de un fiador determinado la totalidad del débito si no se hubiere estipulado expresamente la solidaridad, sino tan sólo la parte que á cada uno corresponda satisfacer, como preceptivamente se establece en el art. 1837.

Esa participación, pues, será igual para todos si no se obligaron *expresa* y *determinadamente* por cuantía distinta, porque entonces será igual para todos el beneficio que les reporte el pago hecho por el cofiador, el cual les liberta en los mismos términos y en idéntica proporción de las obligaciones á cuyo cumplimiento podía compelerles el acreedor, y por el contrario, tiene que ser proporcional al compromiso que respectivamente hubiere contraído cada uno de ellos si no se obligaron todos por igual, sino en cuantía diferente, lo cual no es común y frecuente, pues lo ordinario es que los diversos fiadores contraigan la misma obligación, garantizando todos la deuda principal sin distinción alguna.

No en todos los casos puede conceder la ley ese derecho de reintegro á los cofiadores, y por eso en el párrafo 3.° de este artículo se impone una notoria limitación á su ejercicio al exigir determinadas condiciones y requisitos, por la razón legal que tenemos ya dicha, para que pueda tener aplicación la regla general establecida en los dos párrafos precedentes.

Tres son los preceptos contenidos en el presente artículo, siendo cada uno de ellos objeto ó materia de uno de los distintos párrafos del mismo. En efecto; en el primero se establece como regla general el principio de la corresponsabilidad de los fiadores; en el segundo se determina la extensión ó los límites de dicha corresponsabilidad, y en el tercero se imponen las condiciones ó requisitos que se han estimado precisos para la aplicación ó ejercicio del derecho de reintegro ó reembolso derivado de la misma. Y aunque las prescripciones de la ley en este punto son

claras y ajustadas á los buenos principios jurídicos y al criterio en que se inspiraron los autores del Código al regular el contrato de fianza, no podemos prescindir de hacer algunas indicaciones respecto de las disposiciones de este artículo para mayor claridad aún, examinando cada una de ellas por separado.

a) *Corresponsabilidad de los cofiadores.*—El artículo que examinamos, de acuerdo con el 2033 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1920 del de Italia y con casi la totalidad de las demás legislaciones, establece el principio de la corresponsabilidad de los fiadores cuando son varios los que afianzan á un mismo deudor por una misma deuda, y en virtud de esa responsabilidad común concede una acción especial al fiador que haya satisfecho el débito para reclamar de cada uno de los otros cofiadores la parte con que respectivamente venían obligados á concurrir al pago de la obligación garantida con la fianza.

Discuten los autores el fundamento y la naturaleza de esa acción, ó de ese *recurso*, como algún Código le llama, entendiendo unos, como en la teoría romana, que semejante derecho no puede existir en estricto derecho á no ser que el fiador se subrogue mediante la oportuna cesión de acciones en los derechos del acreedor, porque en el contrato de fianza no contratan nada entre sí los fiadores y no se produce ninguna relación de derecho entre los mismos, sino que cada uno de los cofiadores lo que se propone y lo que lleva al contrato, como su única intención, es el hacer un servicio al deudor; es decir, *hacer el negocio del deudor, pero no el de los cofiadores.*

Otros, como Pothier, entienden que, si bien el principio es evidente en estricto concepto jurídico, se han extremado sus consecuencias hasta el punto de que éstas son contrarias, no sólo á la lógica, sino también á la equidad, que debe ser el alma del derecho, como ha dicho Laurent.

Esa acción, sostienen, no nace de la fianza, pues, en efecto, el hecho de afianzar una misma deuda no crea ningun vínculo jurídico, ni ninguna razón de obligar entre los fiadores, sino que trae, por el contrario, su origen de un acto posterior, cual es el

pago de toda la deuda realizado por uno de ellos, y la equidad no permite que los demás fiadores, que igualmente estaban obligados á dicho pago, se aprovechen de ese acto en perjuicio del que lo realizó.

Algunos pretenden equiparar dicha acción con la útil derivante de la gestión de negocios ajenos; opinión que en rigor de principios no resulta exacta, porque el fiador que paga con el objeto de librarse de la obligación que tiene para con el acreedor no hace la gestión de un negocio ajeno sino propio, puesto que cumple una obligación que personalmente tenía. Sin embargo, al hacer su negocio, hace también el de los demás cofiadores, toda vez que por virtud de ese pago quedan libres igualmente de la deuda que era común para todos ellos. Por eso la equidad exige que todos soporten su parte en el pago de que ellos se aprovechan (1).

Los autores modernos consideran el derecho concedido al fiador que paga toda la deuda en dicho caso, como una extensión del principio de la subrogación legal (2), cuya opinión es combatida por Laurent como inexacta, porque si en efecto naciese de la subrogación ese derecho, como el acreedor tiene siempre acción para reclamar de los fiadores el pago, en todo caso, lo mismo lo tendría el fiador que se colocaba en su lugar, y no estaría limitado dicho derecho en los términos que más adelante veremos.

Lo cierto es que esa acción concedida al fiador nace sí del hecho del pago, pero es consecuencia del beneficio ó del derecho de división, como tenemos ya dicho. En efecto, por virtud de esta división, todos los cofiadores vienen obligados á contribuir al pago en la parte que á cada uno corresponde. De esa obligación, contraída por todos ellos, se libran los que no han pagado por consecuencia del acto realizado por el que pagó, y si bien éste no hizo más que cumplir el deber que el contrato de fianza le impo-

(1) Pothier, *Des obligations*, núm. 445.

(2) Duranton, tomo 18, pág. 398, núm. 366. Pont, tomo 2.°, pág. 158, número 309.

nía de responder de todo el débito cuando no limitó su obligación á parte alguna del mismo, dicho acto redunda en beneficio de los otros cofiadores, los cuales se aprovechan de él para quedar desligados de todo compromiso con el acreedor.

Puede, por lo tanto, decirse con Ricci, *que el pago hecho por uno de los fiadores entraña un interés común, resultando en beneficio de todos y produciendo igualmente la liberación de todos*. De aquí que todos deban concurrir al sacrificio exigido para obtener la común liberación. En las relaciones entre los diversos fiadores, la concurrencia de ellos surte el efecto de que el débito se divida entre ellos en la cuantía en que quisieron quedar obligados, como en la concurrencia de deudores se divide la obligación entre ellos, y por consiguiente, es justo y equitativo que al fiador que ha pagado su deuda y la de los otros cofiadores le conceda la ley el derecho de reintegro contra ellos por sus respectivas cuotas. He aquí el fundamento de la corresponsabilidad de los fiadores y del derecho concedido en el párrafo 1.º del artículo objeto del presente comentario.

Sin embargo, no siempre ha sido sancionado ese derecho por la ley, y limitándonos á nuestra antigua legislación, no se reconocía en ella, puesto que el cofiador que hubiera pagado la deuda no podía dirigirse contra los demás sin que previamente le cediera sus acciones el acreedor, y entonces la reclamación se fundaba, no en la razón que hemos indicado, sino en el título de subrogación como cesionario de aquél. Además, discutían los civilistas acerca de las dudas que suscitaba la inteligencia de la ley 11, del título 12 de la Partida 5.ª, en cuanto á los casos en que podía el cofiador dirigirse contra los otros fiadores, y sobre si se refería la ley á los que lo eran simplemente, ó sólo á los solidarios.

Gregorio López, como es sabido, se inclinaba á creer que dicha ley sólo hablaba de fiadores simples. Otros autores, y entre ellos Laserna, Montalván y Gutiérrez, entendían que si en el caso de estar obligados por mitad dos fiadores, uno de ellos pagaba toda la deuda, no tendría derecho á pedir la cesión de ac-

ciones y únicamente podría repetir del acreedor la mitad que pagó indebidamente, si lo hizo ignorando el beneficio de la ley; pero si lo hizo á sabiendas de éste, nada podía repetir porque se presumía que quiso hacer una donación.

Estas y otras dudas que se suscitaban acerca de la materia en nuestro derecho anterior han desaparecido por virtud de la publicación del Código, que suprime, como hemos dicho, la necesidad de la *carta de lasto,* bastando el solo hecho del pago para que, con arreglo al artículo que examinamos, haya acción contra los cofiadores, pues el que pagó *hizo el negocio de los otros,* libertándolos de una obligación á cuyo cumplimiento podían á la sazón ser compelidos, lo cual es título suficiente para legitimar su acción.

Por virtud de dicha acción el fiador que hizo el pago puede pedir á cada uno de los otros el reintegro en la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Esa parte es la misma en que quedó obligado, si es que todos no responden por partes iguales, pues en esa cuantía se benefició del pago hecho quedando libertado de toda responsabilidad para con el deudor. Ya hemos explicado esto anteriormente y no tenemos necesidad de repetirlo.

A pesar de que no era precisa la determinación de dicha participación, pues estando inspirado en la equidad el derecho concedido al fiador para deducir dicha reclamación á los cofiadores, no podía en modo alguno traspasar los límites del beneficio reportado, se ha considerado conveniente, sin embargo, su expresión en el precepto que examinamos para evitar dudas y facilitar la inteligencia del mismo; y si bien en la generalidad de los Códigos se omite dicha expresión, en el espíritu de todos ellos se encuentra por las mismas razones en que se funda el derecho de reintegro á que se refiere el art. 1838.

Réstanos indicar que para tener lugar la corresponsabilidad y el derecho establecidos en el presente artículo, es requisito indispensable que la concurrencia en la fianza sea por la misma persona y por la misma deuda, pues si dos ó más fiadores ga-

rantizan á una misma persona por deudas distintas, de tal suerte que cada uno sólo responda de una deuda, no puede darse la corresponsabilidad expresada porque faltaría la comunidad de la obligación que es su base. Del mismo modo tampoco puede haber lugar á ella si dos personas distintas responden de una misma deuda, aun cuando sea solidariamente, si tienen fiadores diferentes, pues entonces faltaría, como tenemos dicho, la unidad de personas deudoras, indispensable también para dicho efecto.

b) Extensión de la corresponsabilidad de los cofiadores.—Expuesto ya el fundamento y el concepto de la obligación correlativa al derecho establecido en el párrafo 1.° del presente artículo, á favor del cofiador que paga la totalidad de la deuda, corresponde ahora examinar la extensión de esa corresponsabilidad propia de los demás fiadores para reintegrar á aquél de lo que pagó en beneficio de los mismos.

La regla general es la consignada en dicho párrafo, la cual establece como límite común de esa responsabilidad la cuantía en que se benefició del pago el fiador obligado á reintegrar, ó sea la cantidad por la que quedó obligado según los términos de la fianza; pero hay un caso en que la ley extiende esa obligación á mayores términos por una razón derivada de la propia naturaleza de la fianza, para que no queden incumplidos los fines de la misma; y la determinación de ese aumento ó ampliación de la responsabilidad de los cofiadores en dicho caso es el objeto de la disposición contenida en el párrafo 2.° del artículo que examinamos.

Según él, si alguno de los cofiadores resultare insolvente, recaerá la parte de éstos sobre todos en la misma proporción. La razón de ello estriba en que de lo contrario recaería sobre el que pagó la totalidad de la deuda la parte respectiva del insolvente y resultaría evidente é injustamente perjudicado, toda vez que no podría reintegrarse de todas las participaciones distintas de la suya, sino que quedaría sin reintegrar de la cantidad con que debiera contribuir al reintegro el insolvente. Esto sería contra-

rio á los principios en que se funda la fianza. Según ellos, la deuda asegurada con ésta constituye un todo, y por la totalidad de él queda obligado cada uno de los fiadores; sólo que por el derecho de división establecido en el art. 1837, se divide el débito entre todos en la parte proporcional correspondiente, en el caso de que no se haya establecido la solidaridad entre ellos; pero si alguno resulta en insolvencia, esto no puede perjudicar los derechos del acreedor; y de aquí que la porción de éste se distribuya entre todos los demás cofiadores, obligados al pago ó al cumplimiento de la obligación garantida, para que resulte íntegramente pagado el débito. Por la misma razón, en el caso del fiador que haya satisfecho toda la deuda, tienen que venir obligados á sufrir la carga del insolvente los demás, porque dicha parte es una de las que integran la totalidad de la deuda, y ésta quedaría incompleta si se segregase ó dejase de reintegrar dicha parte.

Es, pues, de toda justicia que el que ha pagado el débito tenga derecho á percibir de todos los demás cofiadores la parte correspondiente, inclusa la del insolvente; pero entiéndase bien, que ésta no corre á cargo sólo de los otros cofiadores, distintos del insolvente y del que pagó, sino que éste ha de contribuir también al reintegro de dicha parte, computándose como recibida la participación que en ella le corresponde, y distribuyéndose entre los demás el resto como aumento de sus respectivas cuotas. Esto es lo que á cada uno corresponde satisfacer, y á ello es á lo que se ha referido la ley al establecer la obligación del *reintegro proporcional* en los términos que resultan del párrafo 1.° de este artículo, á cuyo precepto se halla subordinado el del párrafo 2.° del mismo.

Tal es la recta inteligencia de dicha disposición, la cual se funda en una razón jurídica que no es nueva en el Código, pues basta recordar lo que expusimos acerca de caso análogo, en cuanto á los deudores mancomunados, para ver confirmada la procedencia de dicho precepto, impuesto por la necesidad de que quede totalmente reintegrado el fiador de todo aquello que satis-

fizo por los demás cofiadores, y cumplida íntegramente por éstos la obligación principal en la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer, la cual se halla compuesta, como es sabido, por su cuota respectiva y primitiva y, además, por la parte con que debe contribuir al pago de la del insolvente ó insolventes.

c) Requisitos para el ejercicio del derecho de reintegro ó de reembolso derivado de la corresponsabilidad de los cofiadores.—La tercera de las prescripciones que comprende el artículo se refiere á los requisitos que deben concurrir para que pueda tener lugar lo dispuesto en el mismo. Ese derecho que concede al fiador para reintegrarse directamente de los fiadores de lo que pagó por ellos, en vez de dirigir su reclamación contra el deudor, es un beneficio otorgado por la ley sólo en dos casos determinados, cuya justificación resulta evidenciada desde luego; y esa limitación está debidamente aconsejada por una razón de prudencia que no puede desconocerse, cual es la de evitar que por la mera voluntad de uno de los cofiadores pueda hacerse surgir la acción de reintegro contra los demás en perjuicio de los mismos.

El perjuicio que con tal motivo puede inferirse á los cofiadores es bien notorio, pues teniendo en primer término el fiador que paga por el deudor el derecho de indemnización contra éste, sancionado por el art. 1838, es de todo punto indudable que ejercitando esta acción pueden quedar libres de toda responsabilidad los demás cofiadores, si á consecuencia de ella indemniza el fiado á aquél en los términos establecidos en el expresado artículo. Por el contrario, de prescindir de dicho derecho el fiador, reclamando de los cofiadores en primer lugar el oportuno reintegro, éstos no tendrían más remedio que satisfacer sus cuotas respectivas, repitiendo después por ellas contra el deudor con la imposición de las molestias y gastos consiguientes.

No es aventurado asegurar que si el fiador que paga pudiera libremente utilizar uno ú otro de dichos derechos, el de indemnización por el deudor y el del reintegro por los cofiadores, indudablemente optaría siempre y en todo caso por el segundo,

puesto que muchas más garantías de solvencia y mucha más seguridad del cobro ha de encontrar en los fiadores que en el deudor; y en la práctica quedaría reducido el primero á la indemnización por el deudor á los cofiadores que hubieran hecho el reintegro, obligando á éstos, sin excepción alguna, á soportar siempre los gastos y las molestias que anteriormente hemos indicado. Y para evitar estos perjuicios, la ley no ha podido menos de reducir el ejercicio de ese derecho á los casos en que absolutamente sea indispensable.

Estos son los expresados en el párrafo 3.º del artículo que examinamos, ó sean:

1.º Cuando el pago se hubiere hecho en virtud de demanda judicial.

2.º Cuando dicho pago se hiciere hallándose el deudor principal en estado de concurso ó quiebra.

Al ocuparnos de la razón jurídica de este derecho de reembolso contra los cofiadores, expusimos la opinión común de que éste no puede derivarse de la subrogación ni tenerse como fundamento del mismo la consideración alegada por algunos de que subrogándose el fiador que paga en el lugar del acreedor, le corresponden todos los derechos y acciones de éste, y entre ellas la que el contrato de fianza le concede para reclamar de cada uno de los fiadores la parte en que deberían contribuir al cumplimiento de la obligación asegurada. Y decíamos esto, porque de fundarse dicho derecho en esa razón jurídica, tendría el fiador dicha acción, siempre y en todo caso, en vez de limitarse su concesión á esos dos expresamente determinados.

Cuál sea el motivo de esta limitación, lo hemos indicado ya; pero comparando el criterio seguido por las diversas legislaciones, observamos que si bien en la esencia coinciden, se apartan y difieren en el desenvolvimiento del precepto. Códigos hay, como el francés, que amplían su concesión á todos los casos en que el fiador hubiere sido *constreñido* ú obligado á hacer el pago; es decir, que la falta de voluntariedad del fiador es en ellos la causa determinante del beneficio. Por el contrario, otros, como

el holandés, sólo le autorizan en los dos casos establecidos en e nuestro, y así nos parece también lo más conforme con la razón de la limitación que en casi todas legislaciones se consigna.

En el primero de dichos casos es indiscutible que no puede darse el peligro que con esa limitación se trata de evitar, pues el pago por el fiador no depende en él de la voluntad de éste, sino que se ve *constreñido* ú obligado á hacerlo para no incurrir en las responsabilidades por costas, que en otro caso serían de cargo suyo por haber dado ocasión á ellas. En el segundo, justificadísimo está el que el fiador se apresure á satisfacer el débito, toda vez que es uno de los casos en que no hay derecho al beneficio de excusión, y por consiguiente, cuanto más demore la reclamación, mayores serán las responsabilidades que pueda exigir el acreedor por razón de intereses ó por otros conceptos. Y como esas responsabilidades han de recaer sobre el fiador ó los fiadores sin que éstos puedan impedirlo por no darse lugar al beneficio citado, por eso la ley no podía menos de autorizar á cualquiera de ellos para anticipar el pago en beneficio de todos para librarse de dicha carga.

Tan unánime y conforme es la opinión de los tratadistas respecto de ello, que como doctrina corriente y sin contradicción es reconocido el principio de que, por vía de excepción de la regla general sancionada por todas las legislaciones, *la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago puede darle acción contra los otros si el deudor se hallase en estado de concurso ó quiebra.*

Según se recordará, los dos casos á que se refiere el presente artículo constituyen el primero y el segundo de los que autorizan al fiador para proceder contra el deudor, con arreglo al artículo 1843, aun antes de haber pagado, y conviene tener en cuenta lo expuesto en el comentario del mismo, como ampliación de lo dicho ahora, en demostración del fundamento de la disposición que examinamos, ya que la necesidad de ser breves no nos permite insistir en estas consideraciones.

Fuera de los casos indicados, el fiador que paga la totalidad de la deuda, como lo hace voluntariamente y con renuncia por

su parte del beneficio de división, carecerá en absoluto de acción para reclamar de los fiadores la parte que satisfizo por ellos ó la participación con que debían contribuir al cumplimiento de la obligación de fianza; pero en cambio podrá dirigirse por la totalidad de lo pagado contra el deudor principal en la forma que expusimos al tratar de los efectos de este contrato en cuanto á las relaciones jurídicas creadas entre el deudor y el fiador.

Varios autores sostienen que en dicho caso debe suponerse que el fiador que pagó se subroga en lugar de todos los cofiadores, y entonces deberá entablar su reclamación contra el deudor como fiador único, por virtud de tal subrogación; pero el error en que incurren es bien notorio, pues los demás fiadores no tienen á la sazón ninguna acción contra el fiado, y por lo tanto, nada pueden transmitir al que hizo el pago, ni en nada tiene que subrogarse éste con relación á ellos. Por el contrario, la reclamación entonces se funda en otro título, cual es la subrogación en los derechos y acciones del acreedor, que autoriza el art. 1839.

II. *Concordancias.*—El art. 1844 de nuestro Código concuerda sustancialmente, salvas las diferencias indicadas, con el 2033 del de Francia y del de Bélgica, con el 1920 del de Italia, con el 2239 y el 2240 del de Guatemala, con el 1881 del de Holanda, con el 845 del de Portugal, con el 2100 del del Uruguay, con el 2378, 2379 y 2380 del de Chile, con el 2047 del de Bolivia, con el 1511 del de Vaud; con el 2037 al 2040 del de la República Argentina, con el 1873 al 1875 del de Méjico, con el 1757 al 1759 del de la Baja California, con el 2244 y el 2245 del de Veracruz-Llave, y con algunos otros cuya cita omitimos por no estar en ellos tan concretamente determinadas las prescripciones á que nos referimos.

ARTÍCULO 1845

En el caso del artículo anterior podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el

acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor.

Encuéntranse en este caso los cofiadores, con relación al fiador que pagó, en la misma situación que el deudor reconvenido para el reintegro ó reembolso cuando aquél hace efectivo el pago sin ponerlo en su conocimiento ó sin darle noticia de ello. Y siendo idéntica la situación en que uno y otros se hallan en cuanto á las consecuencias jurídicas del contrato de fianza, igual debe ser la disposición que regule los derechos de los mismos. Por eso, reconociéndolo así los autores del Código, consignaron en el artículo objeto ahora de nuestro examen, que dichos cofiadores podrán oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor *y que no fueren puramente personales del deudor*, que es la misma doctrina sancionada respecto de éste en el art. 1840, si bien con la indispensable excepción que constituyen los últimos términos del presente, derivada del cambio de personas.

Esa excepción resulta plenamente justificada, pues tratándose de motivos de impugnación puramente personales del deudor que, como su nombre indica, nacen de la propia personalidad de éste, no pueden ser invocados ni utilizados por ninguna otra persona distinta de aquella á quien corresponden, y no pueden extenderse á quien no se halle en dichas personales condiciones.

El precepto del artículo es de buen sentido y no puede ofreser duda en cuanto á su inteligencia y fundamento. En efecto, el fiador que paga el débito en los casos del art. 544, tiene dos medios distintos para conseguir el reintegro ó reembolso á que se refiere el 1838: uno, dirigiendo su acción contra el deudor, como subrogado en los derechos del acreedor, conforme al artículo 1839; y otro, entablando la reclamación directamente contra los cofiadores, según el 1844; y como en este caso el fiador ó los fiadores reconvenidos hacen las veces del deudor, deben tener todos los derechos y excepciones de éste, menos los que

no sean transmisibles por su cualidad exclusiva de personales del mismo. De no ser así, resultaría dicho fiador más favorecido contra sus cofiadores que contra el deudor principal, á pesar de que aquéllos no son más que obligados subsidiariamente por éste, lo cual conduciría á un absurdo jurídico, contrario á la equidad y la justicia: el de hacer de peor condición al deudor subsidiario que el principal obligado.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 846 del Código de Portugal, con el 2246 del de Veracruz-Llave, con el 1876 del de Méjico, con el 1511 del de Vaud, con el 2379 del de Chile, con el 2039 del de la República Argentina, con el 2101 del del Uruguay, con el 1760 de la Baja California, con el 1876 del de Campeche y con algunos otros.

ARTÍCULO 1846

El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable á los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador.

La disposición de este artículo no requiere comentario alguno y es una consecuencia lógica de los principios en que se funda la subfianza, porque colocándose el subfiador en las mismas condiciones y situación jurídica, dentro del contrato de fianza, que corresponden al fiador, por quien se obligó, es evidente que tendrá para con los demás cofiadores las mismas responsabilidades que debía tener el que resultó insolvente, puesto que en su lugar y caso se subroga, y, por consiguiente, compartirá con aquéllos las obligaciones propias de dicho contrato en los mismos términos y en la misma forma en que debía hacerlo aquel á quien garantizaba.

Lo mismo se disponía en el art. 1760 del Proyecto de Código de 1851, y concuerda también este precepto con el art. 2102 del Código del Uruguay, con el 1877 del de Méjico, con el 1761 del de la Baja California, con el 1877 del de Campeche, con el 847

del de Portugal, con el 1513 del de Vaud, con el 2380 del de Chile, con el 2041 del de la República Argentina y con el 2247 del de Veracruz-Llave.

CAPÍTULO III

De la extinción de la fianza.

Según expusimos en la introducción al presente título, consagrado se halla este capítulo á la determinación y regulación de las causas por las que se extingue la fianza, y, como veremos más adelante, consígnase en él un principio ó regla general, aplicable en todo caso, reproducción de la doctrina establecida en el Código para la extinción de todas las obligaciones en general, y varios peculiares de este contrato, algunos de los cuales traen su origen de las leyes de Partidas y otros son completamente nuevos en nuestro derecho, como sucede con los sancionados en los arts. 1849 y 1851.

Desde luego se comprende que siendo la fianza una obligación accesoria, dependiente de otra principal, ha de quedar extinguida aquélla siempre que se extinga ó desaparezca ésta, puesto que no puede subsistir la fianza sin una obligación válida, cuyo cumplimiento se garantice por ella, según se establece en el art. 1824. Pero á la vez tiene una vida propia la fianza, y en tal concepto pueden existir causas que extingan la obligación accesoria del fiador, sin necesidad de que se extinga también la principal garantizada.

Por eso los autores dividen los modos ó causas de extinción de las obligaciones de fianza en *directos* é *indirectos: indirectos* aquellos que dependen ó son consecuencia de la extinción de la obligación principal; y *directos,* los que se limitan á la extinción de la del fiador independientemente de la principal, es decir, los que sólo se refieren exclusivamente al contrato especial de fianza sin que dejen de subsistir en toda su integridad, y con todos sus efectos, las obligaciones contraídas por el deudor principal en favor del acreedor.

Las primeras de dichas causas, ó sean las indirectas, comprendidas se hallan en el precepto del art. 1847, por virtud del cual se extingue la obligación del fiador al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones, y á las segundas se refieren los arts. 1849 al 1852 ambos inclusive.

Tanto unas como otras se hallan explícita y claramente determinadas por el Código, el cual ha procurado poner término á toda duda sobre ello, como veremos en el sucesivo análisis de los siete artículos en que se halla desarrollada en el mismo la materia propia de este capítulo.

ARTÍCULO 1847

La obligación del fiador se extinge al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones.

ARTÍCULO 1848

La confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador.

I. *Fundamento jurídico de los preceptos de estos artículos.*—La disposición consignada en el primero de los artículos objeto de este comentario, constituye el principio establecido por el Código como regla general aplicable en todo caso para la extinción de la fianza. Según él, cesan los efectos jurídicos de ella, y, por lo tanto, la obligación del fiador, al mismo tiempo que cesa la del deudor principal, y por las mismas causas que se extinguen también las demás obligaciones.

Dos son, pues, las declaraciones hechas en dicho artículo: la primera, la que hace depender la subsistencia de la responsabilidad del fiador de la duración de la obligación principal asegurada con la fianza; y la segunda, la que admite como cau-

sas de extinción de ésta las mismas que extinguen las demás obligaciones en general. Y de ambas disposiciones debemos ocuparnos por separado para proceder con el debido orden en el estudio de las mismas, á fin de determinar con la conveniente claridad el recto sentido y la justa inteligencia de cada una de ellas.

a) Subordinación de la subsistencia de la obligación del fiador á la del principal deudor.—Esta declaración de la ley, y la regla que con ella se establece, son una consecuencia del carácter especial y de la naturaleza jurídica del contrato de fianza. Siendo puramente accesoria la obligación contraída, á virtud de dicho contrato, por el fiador, no puede subsistir ésta sin que exista la principal á que deba su nacimiento; y, por lo tanto, ha de cesar ó extinguirse aquélla tan pronto como cese ó se extinga la del deudor afianzado, pues á partir de la extinción de ésta carece ya de objeto la fianza.

En efecto, por consecuencia del contrato de fianza el fiador se compromete única y exclusivamente á cumplir por el deudor la obligación garantida, en el caso en que éste no lo haga en el tiempo y en la forma convenidos, y por lo tanto, es de toda evidencia que si dicha obligación principal cesa, ya por haberla cumplido el deudor ó por cualquiera otra de las causas reconocidas por la ley, tiene que quedar libre de todo compromiso el fiador, porque ya no hay nada que asegurar ó garantir. No hay, pues, que afianzar el cumplimiento de lo que está cumplido ya, ó de lo que ha quedado legalmente sin existencia, y como no resta ninguna obligación pendiente que pueda caer dentro de los términos de la fianza, no tiene razón de ser ésta, y con arreglo á los estrictos principios jurídicos debe dejar de subsistir la responsabilidad del fiador, porque la obligación subsidiaria del mismo no puede existir sin otra principal á que deba su origen.

Esa extinción se produce por ministerio de la ley sin necesidad de declaración que la establezca ni de acto alguno que haga cesar los efectos de la fianza, sino que, por el hecho mismo de la cesación ó extinción de la obligación principal afian-

zada, se extingue la del fiador, cesando de derecho la responsabilidad del mismo. Por lo tanto, el fundamento de esta primera disposición del artículo que examinamos, es el carácter subsidiario de la obligación de fianza, el cual no consiente que pueda subsistir ésta sin una obligación principal de la cual dependa.

El principio no puede ser más exacto. Sin embargo, en sus aplicaciones prácticas suelen suscitarse algunas dificultades, de las que más adelante habremos de ocuparnos, especialmente con relación á algunos de los modos de extinción de las obligaciones, y esto es lo que da origen á las reglas especiales que se contienen en los artículos siguientes del Código.

b) Aplicación á la fianza de las causas de extinción de las demás obligaciones.—La segunda de las declaraciones que comprende el art. 1847, hace extensivas á la obligación contraída por el fiador en el contrato de fianza todas las causas de extinción de las obligaciones en general establecidas en el art. 1156; y aunque á primera vista parece que dicha disposición huelga, debiendo bastar el precepto del citado artículo, bien considerados los motivos que hubo de tener en cuenta el legislador para hacer tal declaración, desde luego se comprende la razón y el fundamento de la misma así como la oportunidad de su especial consignación en el Código.

En efecto, en el contrato de fianza se compromete el fiador á cumplir aquello á que se halla obligado el principal deudor, en el caso de que éste no lo cumpla en su oportunidad. En su virtud, con la fianza tienen relación dos obligaciones distintas: una principal á cargo del deudor ó fiado, y otra subsidiaria que es la contraída por el fiador. Y como éste puede quedar exento de su peculiar responsabilidad, por cesar la obligación principal garantida por la fianza ó por cesar la subsidiaria, aun con independencia de la principal y aun quedando subsistente ésta, por eso tuvo que ampliarse el precepto del artículo que examinamos para comprender en él la extinción de la obligación del fiador por los dos conceptos indicados, ó sea: 1.°, por la cesación de la obligación del deudor, y 2.°, por la de la obligación propia en cualquiera

de los casos en que se extinguen las demás obligaciones. De aquí que el artículo una dichos dos motivos de extinción por medio de la conjunción copulativa que en su texto se observa; pues de lo contrario, si su precepto no tuviera la extensión que hemos indicado y no se refiriese á la extinción de una y otra de dichas obligaciones independientemente consideradas, su redacción hubiera sido otra y no habría tenido que referirse á las causas de cesación indicadas, sobrando su segunda parte, puesto que bastaba con decir que la obligación del fiador se extinguía siempre que se extinguiese la del deudor.

Esta opinión nuestra se halla conforme con la mantenida por Treilhard (1), con relación al art. 2034 del Código francés, según el que «las obligaciones que resultan de la fianza se extinguen por las mismas causas que las otras obligaciones». *Aquel que afianza,* dice el citado jurisconsulto, *se obliga, y de esto se sigue que las causas que extinguen las obligaciones en general deben también extinguir la suya.*

Es, pues, preciso aplicar á la fianza los principios expuestos al tratar de las causas que extinguen las obligaciones convencionales. En los comentarios á los artículos del capítulo 4.º del título 1.º de este libro del Código nos ocupamos de ellas, y á lo dicho entonces nos remitimos como ampliación de las indicaciones que quedan hechas.

Sin embargo, las reglas generales que en dicha ocasión examinamos reciben, como tenemos ya dicho, algunas modificaciones más ó menos importantes en su aplicación á la fianza, de las cuales no puede prescindirse para evitar confusiones, y por eso las iremos señalando al comentar los preceptos ulteriores.

La disposición contenida en el art. 1848 es una excepción de la regla consignada en el anterior, y por esta razón los estudiamos juntos.

Según la cuarta de las causas generales consignadas en el art. 1456 y con arreglo al 1192, la confusión de los derechos de

---

(1) V. *Exposición de motivos*, núm. 21 (Locré, tomo 7.º, pág. 419).

acreedor y de deudor en una misma persona extingue la deuda, y aun aprovecha á los fiadores, conforme á la primera parte del 1193; pero, á pesar de esto, la que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador.

Es decir, que no obstante ser causa de extinción de las obligaciones en general la confusión de los derechos de acreedor y deudor, no surte dicho efecto en el citado caso en cuanto al subfiador, que interviene en el contrato como deudor solidario del fiador y del principal obligado, pues por ambos responde, y por eso consideramos el precepto de dicho art. 1848 como una excepción de la regla establecida en el anterior, toda vez que subsisten los efectos de la fianza aunque limitados á la persona del subfiador.

La razón ó fundamento de ello se halla en la propia naturaleza de la confusión, la cual, si extingue las obligaciones en general, no es más que por la imposibilidad en que el acreedor se encuentra de perseguir la ejecución de su crédito ó el ejercicio de su acción, porque tendría que entablarla contra sí; y siendo esta la causa de la extinción, sólo puede estimarse la misma dentro de los límites de dicha imposibilidad.

Por consiguiente, los efectos de la obligación resultante de la fianza subsistirán, como dice Laurent (1), en tanto que sea posible perseguir la ejecución de la misma; y como la dificultad derivada de la confusión no existe en el caso de haber un subfiador contra el cual pueda dirigirse la reclamación para la efectividad de la obligación de fianza, no puede dejar de subsistir ésta en cuanto al mismo, que es lo que establece nuestro Código en el citado artículo, cuando por título de herencia tiene lugar la confusión de la persona del deudor y del fiador. Éste perderá el derecho de reintegro ó de reembolso que tenía contra el deudor por quien pagó; no podrá ejercitar contra dicho deudor las acciones del acreedor, en cuyo lugar se subrogara por el pago;

(1) Obra y tomo ya citados, pág. 275.

y si la confusión tuvo lugar antes de que se hiciera efectivo por el fiador, entonces responderá de él como subrogado en la persona del deudor por la confusión ó como causahabiente del mismo; pero de ningún modo la reunión de los derechos de dichas personas puede poner término á la obligación del subfiador, el cual es extraño á dicha confusión.

Á su vez, cuando el deudor se convierte en heredero del fiador, la fianza se extingue por confusión, en el sentido de que en adelante no tendrá el acreedor dos acciones á su favor: una contra el principal obligado, y otra contra el fiador, porque á partir de la confusión producida por el título de herencia, ambos no son más que una sola y misma persona, y como el deudor no puede ser fiador de sí mismo, desaparece ó cesa la fianza en cuanto al fiador por la *imposibilidad* en que se halla el acreedor de dirigir su acción contra un fiador que no existe; *imposibilidad* que entraña por tal motivo la extinción de la fianza por confusión. Pero esa imposibilidad no existe en la subfianza, y por ello no se extingue la obligación.

La doctrina consignada en este artículo es consecuencia del precepto establecido en la segunda parte del 1193, el cual, después de establecer que la confusión que recae en la persona del deudor ó del acreedor principal aprovecha á los fiadores, añade que la que se realiza en cualquiera de éstos no extingue la obligación.

En resumen, la confusión extingue la fianza en unos casos, y en otros no. La que tiene lugar entre el deudor y el acreedor producirá la extinción, porque cesando por virtud de ella la obligación principal, ha de cesar necesariamente la subsidiaria de fianza. La del acreedor y de uno de los fiadores no extingue la obligación principal y en cuanto á los cofiadores tampoco en la parte que á éstos corresponde, pues, conforme al art. 1194, en las deudas mancomunadas, en cuyo caso no puede menos de estimarse comprendidas la de aquéllos, sólo surte efecto la confusión en cuanto á la parte correspondiente al acreedor ó deudor en que concurran los dos conceptos; y, por último, la

confusión del fiador y del deudor, ó viceversa, no extinguirá la obligación de fianza en cuanto al subfiador ó subfiadores, si los hubiere.

II. *Concordancias.*—El art. 1847 concuerda con el 2034 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1925 del de Italia, con el 2245 del de Guatemala, con el 2248 del de Veracruz-Llave, con el 2103 del del Uruguay, con el 1762 del de la Baja California, con el 1878 del de Méjico, con el 848 del de Portugal, con el 2054 del de Bolivia, con el 1363 del de Austria, con el 2514 del de Vaud, con el 1882 del de Holanda, con el 3028 del de la Luisiana y con el 2381 del de Chile.

Á su vez, el art. 1848 de nuestro Código concuerda también con los arts. 2035 de los de Francia y Bélgica, 1926 del de Italia, 1763 del de la Baja California, 1879 del de Méjico, 849 del de Portugal, 1883 del de Holanda, 2383 del de Chile, 2515 del de Vaud, 2059 del de Bolivia, 3029 del de la Luisiana, 1879 del de Campeche, 2249 del de Veracruz-Llave, 2104 del del Uruguay y algunos otros.

ARTÍCULO 1849

Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, ú otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.

El precepto de este artículo constituye una de las reglas especiales establecidas por el Código para la extinción de la fianza sin necesidad de que cese la obligación principal asegurada por ella, puesto que, como veremos, puede darse el caso de subsistir la eficacia de la relación jurídica creada entre el acreedor y el deudor, y quedar, sin embargo, extinguida la subsidiaria contraída por el fiador. Así sucederá, conforme á lo dispuesto en el artículo que examinamos, si por razón de evicción perdiese el acreedor un bien inmueble ó cualesquiera efectos que voluntariamente hubiese recibido en pago de la deuda garantida por

la fianza, porque entonces, por virtud de ese hecho, surge de nuevo ó revive la obligación del deudor, y, sin embargo, no renace ni puede renacer la del fiador, la cual continúa extinguida, sin que surta efecto alguno para ella el hecho nuevo de la pérdida de la cosa dada en pago de aquélla, á pesar de las responsabilidades que dicho fiador contrajo por el contrato de fianza.

Esta disposición es nueva en nuestro Derecho, como tenemos ya indicado, y se funda en la razón jurídica, expuesta por un autor, de que en el caso á que se refiere el artículo la obligación subsidiaria de la fianza quedó extinguida por novación, según unos, ó por el pago, según otros, que es la opinión más admitida y también la más conforme con los buenos principios de derecho, pues al tiempo de verificarse el pago en la forma expresada, el acreedor se dió por satisfecho de sus derechos, y en el mismo acto quedó extinguida la fianza, en virtud del axioma jurídico *sublata principali tollitur accessorium* ó en otros términos, *sublata causa tollitur efectum*.

Ninguna dificultad puede ofrecer la inteligencia de este artículo ni necesita justificación alguna su precepto, porque es de toda evidencia que la obligación primitiva, ó sea la principal asegurada con la fianza, una vez extinguida por la aceptación del acreedor, respecto de la cosa entregada en pago, muere para el fiador y no vuelve á renacer para el mismo, porque la relación jurídica que se establece entre el acreedor y el deudor por consecuencia de la pérdida de lo recibido en pago, si bien liga á éste con aquél hasta la satisfacción de la primitiva obligación, es por un título nuevo, cual es el de evicción, y, por lo tanto, la obligación subsistente es distinta de la que garantizó el fiador.

Basta esta ligera indicación para comprender que, extinguida la obligación principal, tiene que quedar extinguida también la accesoria de fianza, la cual no puede renacer como revive la responsabilidad del deudor para con el acreedor, porque la acción que á partir de la pérdida corresponde á éste por consecuencia de la evicción es enteramente distinta de la primera, y no la garantida con la fianza.

Por eso en casi todos los Códigos, lo mismo en los modernos que en los antiguos, se encuentra un precepto igual, como sucede en el de Francia, en el de Holanda, en el de la Luisiana y otros, y conforme también con la razón indicada, el Proyecto de Código de 1851 dispuso lo mismo en su art. 1763, el cual ha sido transcrito literal é íntegramente en el que examinamos.

Concordancias.—Concuerda ésto, además, con el art. 2038 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1929 del de Italia, con el 1886 del de Holanda, con el 3031 del de la Luisiana, con el 1519 del de Vaud, con el 2050 del de la República Argentina, con el 2106 del del Uruguay, con el 850 del de Portugal, con el 2250 del de Veracruz-Llave, con el 2382 del de Chile, con el 2057 del de Bolivia, con el 1880 de los de Méjico y Campeche, con el 1764 del de la Baja California y con otros varios.

En las legislaciones italianas anteriores á la publicación del Código civil, en que se unificó el derecho de los diversos Estados del Reino, se encuentran también concordancias con el precepto de este artículo. Así sucede, por ejemplo, en el 2076 del Código sardo y en el 1910 del napolitano.

ARTÍCULO 1850

La liberación hecha por el acreedor á uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha á todos hasta donde alcance la parte del fiador á quien se ha otorgado.

No todas las legislaciones han estado conformes con la doctrina establecida por nuestro Código en el presente artículo. En efecto; unas sostenían que la liberación de un cofiador aprovechaba á los demás, y otras, por el contrario, mantenían opuesto criterio, en cuyo caso se encontraba el Código austriaco, pues en el art. 1363, después de establecer que la obligación del fiador cesará en la misma proporción en que cese la del deudor y que sólo será responsable por el término que se hubiere fijado en el caso de que se obligara por tiempo determinado, dispone

que «la liberación hecha para uno de los cofiadores, alcanza también á éste respecto del acreedor, pero no respecto de los demás cofiadores».

Nuestro Código, al separarse de dicha máxima haciendo extensiva la liberación de uno de los fiadores á los demás, si bien en los términos que expresa el artículo de que nos ocupamos, se ha ajustado á los buenos principios jurídicos, porque, conforme á ellos, la rescisión y lo mismo la quita ó la liberación, aunque aparezca reducida ó concretada á un fiador determinado, debe aprovechar parcialmente á los otros cofiadores, como ha dicho un autor, «por la justa reciprocidad que ha de establecerse entre este derecho y la obligación que tienen de responder proporcionalmente á la parte que dejó de pagar el insolvente; y si bien, en parte, no pueden considerarse como verdaderos deudores solidarios de un modo absoluto, se ve la tendencia á equiparar los cofiadores á los deudores mancomunados».

En análogos términos expone su opinión García Goyena al comentar el art. 1764 del Proyecto de 1851, idéntico al presente, estimando que la remisión ó liberación en dicho caso aprovecha parcialmente á los otros cofiadores, precisamente porque éstos no son deudores solidarios en sentido riguroso, pues gozan de los beneficios de excusión y de división, de los cuales no podrían gozar si estuvieran obligados solidariamente al cumplimiento de la obligación afianzada.

Para que tal efecto produzca la liberación otorgada á un fiador determinado, es preciso que se haya hecho sin el consentimiento de los otros, pues, por el contrario, si hubiere mediado dicho consentimiento desaparecería la razón ó el motivo en que se funda el artículo.

En efecto; con la declaración consignada en el mismo, á más de ajustarse ó conformarse con los principios de justicia antes indicados, se ha procurado muy especialmente evitar que por la mera voluntad del acreedor, ó por el acuerdo y la connivencia de éste y de uno de los fiadores, se pueda perjudicar á los otros cofiadores, y ese perjuicio no existe ni puede existir

cuando prestan su consentimiento á la liberación especial y determinada de uno de sus compañeros, mostrando así su voluntad conforme con que quede libertado de su personal responsabilidad sin que trascienda á ellos la liberación.

Concordancias.—El artículo que examinamos concuerda con el 2251 del Código de Veracruz-Llave, con el 1881 del de Méjico, con el 851 del de Portugal, con el 1765 del de la Baja California, con el 1881 del de Campeche; y en los Códigos antiguos se encuentran también concordancias con él en el 2075 del sardo y en el 389, tít. 14, parte 1.ª, del prusiano.

Los artículos 1287 y 1288 del Código civil francés contienen las siguientes disposiciones sobre los efectos de la remisión de las deudas en lo que concierne á la fianza:

«La remisión ó liberación convencional otorgada al deudor principal libera al fiador.

»La misma concedida al fiador no libera al deudor principal.

»Y la concedida á uno de los fiadores no libera á los otros.»

En dicha legislación se ha seguido, pues, un criterio opuesto al de nuestro Código.

En cuanto al Código austriaco, ya hemos indicado antes que la liberación hecha á un fiador no surte efecto respecto de los cofiadores.

ARTÍCULO 1851

La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.

También en este caso se extingue la obligación subsidiaria, á pesar de subsistir la principal, constituyendo en su virtud la prórroga, acordada contra la voluntad ó sin el consentimiento del fiador, una de las causas ó modos especiales de extinción de la fianza.

La razón ó el fundamento del precepto establecido en este artículo, es también la necesidad de evitar perjuicios al fiador. En efecto; la prórroga concedida por el acreedor al deudor puede

perjudicar al fiador en cuanto puede hacerse insolvente el fiado durante la dilación que implica la misma, impidiendo esto al fiador el ejercicio útil del derecho de reintegro ó de reembolso que la ley le concede, en cuyo caso sería injusto exigir responsabilidad á éste por un acto imputable sólo al actor. Y si bien es cierto que el art. 1843 le autoriza para proceder contra el deudor principal, aun antes de haber pagado, entre otros casos, cuando éste incurre en quiebra, concurso ó insolvencia ó cuando ha cumplido el plazo en que debe satisfacerse la deuda, á fin de que pueda obtener la relevación de la fianza ó una garantía que le ponga á cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor, desde luego se comprende que este recurso no es suficiente para el efecto indicado, y, por consiguiente, sólo puede resignarse á él el fiador cuando esos peligros tienen lugar dentro del plazo por el que quedó obligado; pero de ningún modo cabe obligársele á soportar esas consecuencias contra su voluntad transcurrido dicho término.

Además, con la prórroga se alterarían en todo caso las condiciones en que el fiador se obligó si durante ella hubiera de quedar sujeto á las responsabilidades de la fianza, lo cual no puede hacerse, como es sabido, sin la voluntad del mismo fiador.

Por ambas razones, el legislador ha tenido que declarar sin efecto para éste, la prórroga que sin su voluntad fuere concedida para el cumplimiento de la obligación principal, siendo este el objeto de la declaración hecha en el artículo que examinamos, por cuyo medio se evita el que por mala fe ó por negligencia del acreedor ó del deudor se originen perjuicios innecesarios al fiador.

Desde luego se comprende que la disposición del artículo no podía tener aplicación al caso en que el fiador hubiere prestado su consentimiento á la prórroga, porque entonces desaparecería la razón en que se funda, y por el contrario, expresa y bien esplícita estaría en dicho caso la voluntad del fiador de aceptar las consecuencias de la prórroga. Por eso, su precepto se limita al en que la prórroga se otorgue sin el consentimiento del mismo. En este caso la prórroga no surte efecto alguno respecto

del fiador, y queda extinguida en su consecuencia la fianza; pero en el primero no, pues si bien es un principio universal de derecho, sancionado en el art. 1827 del Código, «que la fianza no puede extenderse á más que la obligación principal», dicho principio es inaplicable cuando existe un hecho origen de la continuación de la obligación que determina el alcance de ésta, cual es el hecho de la prórroga del contrato afianzado, aceptada voluntariamente por el fiador, cuya aceptación implica el consentimiento prestado á ella. Así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Diciembre de 1891, que declaró no se infringía la ley 16 del tít. 12 de la Partida 5.ª, al estimar subsistente la obligación del fiador en dicho caso.

Determinadas ya las consecuencias de la prórroga según que el fiador haya prestado ó no su consentimiento, réstanos ocuparnos de una cuestión que desde luego ofrece la inteligencia del presente artículo.

En él se habla sólo de prórroga, pero como la manifestación de la voluntad de las partes puede ser expresa ó presunta, según tenemos ya dicho, ¿deberá considerarse como una prórroga tácita concedida al deudor el transcurso de tiempo sin reclamar la deuda, á pesar de estar vencido el plazo para su reclamación?

Cuestión es ésta que hubo de decidir la jurisprudencia, en el sentido de que la mera circunstancia de que el acreedor no reclame el cumplimieuto de la obligación inmediatamente que ésta venza, y la de que retrase más ó menos el ejercicio de su acción, no significa ni revela la intención de conceder al deudor prórroga alguna.

He aquí el caso. Vencida una deuda en 9 de Mayo de 1895, se demandó ejecutivamente al deudor en 25 de Noviembre de 1897, resultando éste insolvente. Dirigida entonces la demanda contra el fiador por el principal del débito y por los intereses, se estimó la reclamación en ambas instancias; é interpuesto recurso de casación por el fiador, citó como infringido el artículo que examinamos, alegando en apoyo de dicho recurso,

que no se tuvo en cuenta en la sentencia recurrida dicho artículo para eximirle de la obligación de afianzar la contraída por el deudor, no obstante estar comprobado en el pleito que desde que venció la obligación hasta 1897 no había sido requerido de pago el fiador recurrente, ni judicial ni extrajudicialmente, y además, que ni en la fecha del pagaré origen de la deuda le fué protestado, ni se le notificó la falta de pago por el deudor principal, revelando y determinando á su juicio la omisión de dichos actos la extinción de la obligación en el fiador, pues al no hacerse efectiva la deuda por el deudor en el día de su vencimiento, debió requerirse de pago á aquél para que pudiera utilizar el beneficio de excusión, con lo cual entendía quedar cumplidamente justificado el hecho de la prórroga *tácita* concedida al deudor principal sin el consentimiento y hasta sin el conocimiento del fiador.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, á pesar de los fundamentos alegados en demostración del concepto de la infracción citada, declaró no haber lugar al recurso en sentencia de 22 de Marzo de 1901, estableciendo la doctrina antes indicada.

No hemos de hacer la crítica de dicha sentencia, pero, en demostración de cuanto tenemos dicho antes, debemos indicar que el mero transcurso del tiempo sin entablar el acreedor reclamación alguna para el cobro de la deuda, no puede estimarse como una prórroga no consentida por el fiador de la obligación asegurada con la fianza, pues con arreglo al núm. 4.º del art. 1843, cuando la deuda ha llegado á ser exigible por el vencimiento del plazo, puede el fiador proceder contra el deudor aun antes de haber pagado, y si no lo hace, y por tal motivo se le ocasiona algún perjuicio, debe imputarlo á él y sufrir las consecuencias, porque la prolongación de su obligación se debe á su propia voluntad.

La prórroga, pues, á que se refiere este artículo, es aquella que no depende de los actos del fiador, sino la concedida de una manera expresa por el acreedor sin mediar el consentimiento de aquél.

Se inspiran en criterio distinto y disponen lo contrario los

Códigos de Francia y Bélgica (1), el de Italia (2), el de Vaud (3), y el de la Luisiana (4), en los que de una manera más ó menos precisa y clara se viene á sancionar la regla de derecho de que prorrogado el término del pago por el acreedor, no sólo surtirá efecto la prórroga para el deudor, sino también para el fiador, puesto que no se extingue por ella la fianza, sino que subsiste la misma, si bien puede el fiador en dicho caso apremiar al deudor para que haga efectivo el pago ó para cancelar dicha fianza en otro caso. También sigue este mismo criterio el Código holandés en su art. 1887.

Concordancias.—Este artículo concuerda con el 852 del Código de Portugal, con el 2252 del de Veracruz-Llave, con el 1930 del de Italia, con el 1883 del de Méjico, con el 1767 del de la Baja California, con el 2046 del de la República Argentina, con el 2107 del del Uruguay en relación con el 1530 del mismo, con el 1883 del de Campeche, con el 2246 del de Guatemala y con algunos otros. El Código bávaro, en su art. 17, cap. 10, libro 4.º, disponía que el fiador podía pedir su liberación cuando el deudor no pagaba al tiempo convenido y el acreedor le concedía prórroga de dicho plazo; es decir, que no era obligatoria ó forzosa la extinción de la fianza, sino meramente facultativa, puesto que se autorizaba al fiador para pedir la liberación, y si no la solicitaba, quedaba subsistente la obligación subsidiaria contraída por el mismo. Pero en el vigente Código del Imperio alemán, se establece preceptivamente la liberación por el transcurso del plazo por el cual hubiere contraído la obligación el fiador, á no ser que el acreedor persiga inmediatamente el cobro del crédito y continúe sin interrupción esencial el procedimiento, ó avise inmediatamente al fiador su reclamación contra él después de terminar el procedimiento incoado (5). De donde se deduce que si el

(1) V. art. 2039.
(2) V. art. 1930.
(3) V. art. 1520.
(4) V. art. 3032.
(5) V. art. 777.

acreedor no reclama inmediatamente el pago y concede prórroga al deudor, el fiador quedará liberado de derecho al vencimiento del indicado plazo.

ARTÍCULO 1852

Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.

I. *Fundamento jurídico del artículo.*—El precepto de este artículo se funda en el principio de derecho de que *el hecho ajeno no puede empeorar la propia condición,* ó en otros términos: que *á cada cual daña su culpa respectiva.* Nada más justo ni equitativo que la disposición que examinamos, pues si, en efecto, por un acto voluntario del acreedor ó por culpa suya no pudiera tener lugar el derecho concedido por el art. 1839 al fiador para subrogarse, por virtud del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, pugnaría con todo sentido jurídico y hasta con la moral el que se permitiera al acreedor, causante de ello, perseguir al fiador, cuya situación se perjudica privándole, sin culpa alguna por su parte, de los medios para hacer efectivo el reintegro ó la indemnización á que se refiere el art. 1838.

El acreedor, conforme á los buenos principios, no puede por su propia voluntad, ó por su causa, empeorar la condición del fiador; y si permitido estuviera que pudiese reclamar de éste el cumplimiento de la obligación que contrajo, por virtud del contrato de fianza, en el caso á que el artículo se refiere, á su arbitrio quedaría el perjudicar su condición cuando quisiera con sólo ejecutar algún hecho obstativo á la subrogación indicada. Por eso la ley se ha apresurado á poner remedio á ello con el precepto indicado, el cual constituye una nueva causa especial de extinción de la fianza que, á más de los modos generales de cesación de las obligaciones, consigna el Código para evitar los perjuicios que pudieran ocasionarse al fiador por voluntad ó

culpa del acreedor, disponiendo con dicho fin, de acuerdo con la legislación de Francia, y de Holanda y con la de algunas otras naciones, que los fiadores queden libres de su respectiva obligación en todos aquellos casos en que el acreedor ejecutare algún hecho, por consecuencia del cual no puedan quedar subrogados aquéllos en los derechos, hipotecas y privilegios que correspondan á dicho acreedor.

Esto acontecerá, dice Falcón comentando el presente artículo (1), cuando el acreedor cancele voluntariamente una hipoteca que tuviera constituída á su favor, ó renuncie libremente á un beneficio que la ley le conceda, ó ejecute otro hecho semejante, por virtud del que haga más difícil el cobro de su crédito, cambiando las condiciones del mismo.

Igual precepto encontramos en el Código francés, en el holandés, en el de la Luisiana y en algunos otros. Sin embargo, en el nuestro se añade un particular que aquéllos no tienen, cual es la expresión «aunque sean solidarios», la cual se añadió para dar mayor expresión y claridad al mismo.

Mucho se ha discutido acerca de la disposición contenida en el art. 2037 del Código francés, equivalente al 1852 del nuestro, y larga controversia sostuvieron sobre ello Pothier, Merlin, Toullier, Troplong, Duranton y otros, manteniendo unos el criterio de la legislación romana, y otros el que inspiró el Código citado; pero tan claro, tan justo y tan arreglado á derecho nos parece el precepto, que estimamos ocioso ocuparnos de dicha controversia, así como el insistir más en estas indicaciones, pues ese derecho á la indemnización ó al reintegro que al deudor corresponde, constituye la causa de la obligación del fiador, porque si éste no contase con los medios que le proporciona la subrogación en los derechos y acciones del acreedor para reintegrarse de lo que pagó, con seguridad no se obligaría, y por lo tanto, estando ó debiendo estar tan íntimamente unidas la obli-

(1) V. *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral;* tomo 4.°, pág. 457.

gación del fiador y la posibilidad del reintegro, que la una no se concibe sin la otra, no puede subsistir aquélla sin la subrogación en los derechos del acreedor, y en su virtud debe cesar cuando cesa la posibilidad de esa subrogación por culpa del acreedor.

II. *Concordancias*. — Concuerda el presente artículo con el 2037 del Código francés, como tenemos ya dicho, y además con el 1918 del de Italia, con el 1885 del de Holanda, con el 1882 del de Méjico, con el 853 del de Portugal, con el 2381 del de Chile, con el 1766 del de la Baja California, con el 1517 del de Vaud, con el 2056 del de Bolivia, con el 2037 del de Bélgica, con el 3031 del de la Luisiana, con el 2043 del de la República Argentina y con el 2253 del de Veracruz-Llave.

ARTÍCULO 1853

El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes á la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor.

I. *Razón é inteligencia de este precepto*.—El fiador puede oponer al acreedor no sólo sus propias excepciones, sino también todas las que competan al deudor principal y no fueren puramente personales de él. Así lo disponía también la ley 15 del tít. 12 de la Partida 5.ª, la cual salvando, como lo hace el presente artículo, el caso de que las excepciones fueran personalísimas del deudor, preceptuaba que si el fiador no utilizara las demás concurrentes en favor de aquél, no podría después demandarle el pago de la deuda, *porque semeja que lo fizo engañosamente por facer perder al otro su derecho*.

La razón jurídica que sirve de fundamento á este precepto, se deriva del carácter subsidiario de las obligaciones del fiador, y además de la necesidad que implica el derecho de reintegro, concedido por el art. 1838, de que el fiador haga todo aquello que el deudor pudo hacer en impugnación del débito para que

no encuentre después limitación ú obstáculo alguno en el ejercicio de dicho derecho, que pudiera provenir por reclamación de parte del fiado. En efecto, dejando de ejercitar ó de oponer el fiador alguna de las excepciones propias del deudor, puede perjudicarse á éste en su derecho, y fácilmente podrían el acreedor y el fiador de acuerdo hacer imposible la impugnación de éste, si la ley no hubiera establecido el precepto del art. 1840 para impedirlo, permitiendo al deudor utilizar contra el fiador que pagó sin ponerlo en su conocimiento, todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago.

Hemos dicho, que en primer término se deriva el precepto que examinamos del carácter subsidiario de la obligación de fianza, la cual debe seguir las vicisitudes propias de la asegurada con ella, y si ésta puede ser destruída, quedando sin efecto el vínculo jurídico creado entre el acreedor y el deudor, por la oportuna oposición de algunas de las excepciones que competan al deudor, no tendría que venir obligado el fiador á satisfacer el débito garantido por él, pues al decaer éste, decaería también la obligación subsidiaria y carecería de razón de existencia la fianza. Para librarse, pues, de la responsabilidad del pago en dicho caso, el cual puede no ser necesario ni debido, preciso era que se le autorizase para ejercitar las excepciones del deudor en el caso de que éste por abandono de su derecho, por negligencia ó por cualquier otro motivo, dejara de utilizarla al entablarse sin efecto la reclamación contra él. Además, en los casos en que el fiador puede ser reconvenido desde luego, sin necesidad de entablar la reclamación contra el deudor, dicho fiador no sólo tiene la potestad de utilizar las excepciones de éste que no sean personales suyas, sino que se encuentra en el deber de hacerlo para evitar perjuicios á dicho deudor y dejar así expedita su acción contra él. Y para poder cumplir ese deber, no había otro medio que el de habilitarle para la utilización de dichas excepciones.

Otra razón también aconseja esa habilitación, y es, que, de acuerdo el deudor con el acreedor, podría perjudicar aquél al fia-

dor dejando de oponer alguna excepción eficaz para enervar ó destruir la eficacia jurídica de la obligación afianzada, en cuyo caso tendría que realizar el pago de la misma, pago que no hubiera sido preciso si por su parte el fiador hubiera puesto en ejercicio la excepción indicada Y á fin de evitar también la posibilidad de ese perjuicio, había que autorizarle para utilizar las excepciones del deudor que éste, seguro de su insolvencia, no hubiera tenido interés en hacerlo.

Por todas estas razones, los autores del Código no pudieron dejar de conceder al fiador esa facultad, la cual tiene sus precedentes en el derecho romano, en el principio consignado en el comienzo del tít. 30, libro 3.° de la Instituta, así como en los párrafos 2.° y 3.° de la ley 23, tít. 3.°, libro 46 del Digesto, y en la anterior legislación de Castilla en las leyes 14 y 15 del tít. 12 de la Partida 5.ª

Nuestro antiguo derecho imponía como obligatoria al fiador la oposición de dichas excepciones, bajo pérdida del derecho de reintegro, porque se suponía, en caso de omitirla, que lo hacía *engañosamente* para perjudicar ó hacer perder su derecho al deudor, según tenemos ya indicado; pero nuestro Código, siguiendo el ejemplo de las legislaciones modernas, la ha establecido como puramente voluntaria para no mermar la libertad del fiador, obligándole á utilizar dichas excepciones en aquellos casos en que pudiera ser perjudicial su oposición, y así, lo deja al prudente criterio del mismo para que proceda según aconseje su interés, que es también el del deudor obligado al reintegro. Por eso dice el artículo que el fiador *puede* oponerlas, y no ordena que en todo caso se oponga, ni sanciona, como nuestras antiguas leyes, con la pérdida de derecho alguno del fiador, la falta de oposición de dichas excepciones.

Ningún inconveniente había para ello, pues con las demás prescripciones previamente establecidas por dicho cuerpo legal estaba conjurado el peligro que trató de salvar y de evitar con su precepto la ley 15 del título y Partida citados. En efecto, si el acreedor dirige en primer término su reclamación contra el

deudor, éste puede sin dificultad ninguna utilizar contra aquél todas las acciones, personales ó no personales, que con relación al mismo le competan; y si, por el contrario, es reconvenido de pago el fiador antes que él, por hallarse en alguno de los casos en que esto es posible, ó si el fiador espontáneamente paga sin ponerlo en su conocimiento para impedirle la utilización de dichas excepciones, puede á su vez oponer á aquél todas las que tuviera contra el acreedor al tiempo de hacerse el pago.

Nuestro Código, separándose en esto de algunos de sus concordantes, ha introducido en la redacción de este artículo la expresión de un extremo que ya se consignó en el Proyecto de 1851 para dar mayor claridad á su precepto, cual es la determinación de que las excepciones del deudor, que puede utilizar el fiador, son las *inherentes á la deuda;* es decir, todas las que hagan relación á la obligación garantida con la fianza, y por lo tanto, facultado se halla para utilizar todas aquellas que puedan contribuir á enervar ó destruir el vínculo jurídico existente entre el acreedor y el deudor principal, en defecto del cual es reconvenido de pago y, como éste, puede hacer uso de todas aquellas que no estén comprendidas en la excepción de que más adelante nos ocuparemos. Por lo tanto, podrá utilizar cuantos medios de defensa desvirtúen el contrato primitivo de que arranque el derecho ó la acción del acreedor contra el fiador, como las excepciones derivadas del dolo y de la violencia, que anulan el consentimiento, la *sine actione agis,* fundada en el pago ya hecho, la de cosa juzgada, la prescripción, la de nulidad del préstamo hecho al hijo de familia y las demás de la misma especie, si bien en cuanto á la prescripción hay que tener en cuenta que no todos los autores están conformes en este punto.

No creemos que puedan suscitarse dudas acerca de esto, y en la necesidad de proceder con suma concisión en todas aquellas prescripciones del Código cuya inteligencia no ofrezca grandes dificultades, nos limitaremos á las indicaciones precedentes.

Una limitación impone el artículo, en cuanto al derecho concedido al fiador para hacer uso de las excepciones del deudor, la

relativa á las puramente personales de éste, las cuales no pueden ser utilizadas por aquél, y se comprende perfectamente la razón y la justicia de esta limitación, puesto que dichas excepciones son por completo extrañas al fiador, y como exclusivas y personalísimas del deudor, no pueden ser invocadas por ninguna otra persona.

Al comentar el art. 1824, y en algunas otras ocasiones, nos hemos ocupado ya de esas excepciones puramente personales del deudor, y no necesitamos insistir sobre ello, restándonos tan sólo indicar que, como tal, es considerado el beneficio de la competencia.

II. *Concordancias.*—El artículo objeto del precedente comentario concuerda con el 2036 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1927 del de Italia, con el 854 del de Portugal, con el 1884 del de Holanda, con el 3030 del de la Luisiana, con el 1516 del de Vaud, con el 2354 del de Chile, con el 2060 del de Bolivia, con el 2254 del de Veracruz-Llave, con el 1840 del de Méjico y con el 1724 de la Baja California.

El Código austriaco, en su art. 1354, niega al fiador el beneficio de competencia correspondiente al deudor principal, como lo negaba el derecho romano á los herederos y fiadores del deudor por ser un privilegio personal.

CAPÍTULO IV

De la fianza legal y judicial.

Al exponer el concepto jurídico de la fianza en la introducción al presente título, indicamos ya las distintas especies en que podían clasificarse las fianzas, dando entonces á conocer, en contraposición á las voluntarias ó convencionales, la legal y la judicial; distinción que se deriva del diferente origen de las mismas, pues según se recordará, señalamos como las comunes fuentes de la fianza en todas las legislaciones, la voluntad ó el pacto, la ley y el acuerdo judicial.

De estas dos últimas clases se ocupa este capítulo, último de los que componen el título consagrado á la institución de la fianza, y como tenemos expuesta ya la noción, tanto de una como de la otra de dichas clases, bástanos ahora indicar como resumen de lo dicho entonces, que recibe el nombre de legal la fianza que se presta en cumplimiento de un mandato expreso de la ley y el de judicial aquella que se da en asuntos litigiosos en virtud de un acuerdo del Juez ó Tribunal que intervenga en los mismos.

El Código las ha agrupado en un solo capítulo por la identidad de circunstancias en que, por lo general, suelen encontrarse, y además por la comunidad de origen, en cuanto éste es independiente de la voluntad de las partes; origen que es lo único que las distingue de las voluntarias, pues en eso es en lo que difieren en lo esencial; y si bien en ellas se establecen determinadas especialidades en cuanto á los efectos de las mismas, esto es también consecuencia del distinto origen á que obedecen, pues no dependiendo de la mera voluntad, hay que reconocer la necesidad de facilitar al obligado á prestar la fianza el cumplimiento de esa obligación cuando no halle fiador, ya que no puede dejar de hacerlo; y del mismo modo hay que admitir también que, no dependiendo en dichos casos el establecimiento de la fianza de un concierto de voluntades previamente convenidas, habida consideración además á los fines á que obedecen, no puede haber lugar en ellas al beneficio de excusión de los bienes del principal deudor.

Fuera de esas determinadas especialidades, derivadas de su peculiar origen, en todo lo demás son iguales á las voluntarias las fianzas legales y judiciales, y por eso en el artículo primero del capítulo se exige que el fiador que haya de darse por disposición de la ley ó por virtud de providencia judicial, ha de reunir las condiciones comunes exigidas á todos los fiadores en general, y por esa misma razón también se reducen las disposiciones que le constituyen tan sólo á tres artículos, porque todo lo demás referente á los efectos y consecuencias jurídicas de dichas

fianzas, ha de regularse por las prescripciones ya establecidas para las voluntarias.

De este modo se ha facilitado mucho la inteligencia y se ha uniformado la doctrina, prescindiéndose de las distinciones impropiamente traídas á discusión por los jurisconsultos y comentadores del derecho, en cuanto á la doctrina propia de la fianza.

ARTÍCULO 1854

El fiador que haya de darse por disposición de la ley ó de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el art. 1828.

El precepto de este artículo iguala la fianza legal y la judicial á la convencional ó voluntaria, en cuanto á las condiciones que deben concurrir en la persona que haya de contraer la obligación de fianza, y desde luego aparece lógico y racional que así sea, pues en uno y otro caso tiene un mismo fin que cumplir el fiador y responde á un mismo objeto la exigencia de esas condiciones ó cualidades.

El fiador legal, el judicial y el voluntario, tienen una misma misión que desempeñar, la de asegurar el cumplimiento de la obligación garantida, respondiendo de ella si no fuere cumplida por quien en primer término está obligado á hacerlo. Y puesto que el objeto de la fianza en dichos casos es igual que en la voluntaria, siendo idéntica la misión del fiador en todos ellos, la misma razón que exige la concurrencia de determinadas cualidades en el fiador voluntario, existe en la fianza legal y en la judicial. De aquí que todos deben reunir idénticos requisitos. Estos son la capacidad necesaria para obligarse y la solvabilidad suficiente para responder de la obligación que garantiza.

Al comentar el art. 1828, que determina las cualidades que deben concurrir en la persona propuesta para fiador, nos ocupamos de éstas con la extensión debida, y puesto que lo dicho entonces tiene aplicación al presente, á ello nos remitimos, debiendo tenerse como ampliación de lo expuesto ahora.

Algunos expositores del derecho novísimo estiman innecesaria la disposición de este artículo, pues el principio que establece es tan inconcuso, que á nadie puede ocurrirse que esté en condiciones idóneas para ser fiador judicial ó legal quien no reuna las cualidades ó los requisitos necesarios para constituir válida y eficazmente la fianza voluntaria; pero dentro del sistema del Código no podía excusarse la declaración que el artículo contiene, porque constituyendo una especialidad dentro de la teoría general de la fianza las especies ó clases que ahora examinamos, era preciso apartar toda duda respecto de la capacidad para ser fiadores en tales casos, á fin de que no se entendiese extensiva también á este punto la especialidad.

Los autores distinguían entre la fianza legal y la judicial en cuanto á este particular, en razón á que deben siempre ser mayores las seguridades en la segunda; pero el Código ha hecho bien en prescindir de esas diferencias, porque en realidad es idéntica la misión del fiador en todos los casos, según tenemos dicho.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 2040 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1921 del de Italia; con el 2336 del de Chile, con el 1885 del de Méjico, con el 1769 del de la Baja California, con el 2255 del de Veracruz-Llave, con el 1522 del de Vaud, con el 3033 del de la Luisiana, con el 2049 del de Bolivia y con algunos otros.

ARTÍCULO 1855

Si el obligado á dar fianza en los casos del artículo anterior no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación.

Algo hemos dicho ya acerca del fundamento de este artículo, y la necesidad en que estamos de abreviar todo lo posible, dada la considerable extensión que alcanza la materia de fianzas, nos impide profundizar más en el estudio del mismo. Ante la imposibilidad de encontrar fiador idóneo el obligado á prestar

fianza en estos casos, no hay más remedio que concederle el recurso de sustituir ésta por otra garantía más eficaz aún, cual es la prenda ó la hipoteca, porque en esta clase de fianzas no sucede lo que en la voluntaria.

En efecto; en ésta, si el que ha de dar fiador no halla persona con las condiciones requeridas que quiera serlo, puede dejar de contraerse el contrato del que hubiera de surgir la obligación que había de ser garantizada; pero tanto en la legal como en la judicial se trata siempre de obligaciones preestablecidas que la ley trata de asegurar por unos ó por otros fines, imponiendo esto la necesidad de la garantía, ó que los Tribunales están en el deber de garantir; y como no puede dejar de cumplirse esa obligación hay que dar dicha facilidad al que ha de cumplirla.

La razón de que esa facultad se conceda en la fianza legal y en la judicial y no en la convencional, es bien patente, pues como en la fianza voluntaria el deudor al contraer la obligación principal promete dar fiador, no puede éste á su arbitrio ó por sí sólo alterar los términos de la convención, dando otra garantía en vez de la fianza prometida. Por eso el obligado voluntariamente no queda libre de dicha obligación dando la prenda ó la hipoteca, aunque en realidad éstas constituyen una seguridad mayor, y sólo la voluntad conforme del acreedor podría autorizarle para ello mediante la novación del primitivo contrato.

Además hay otra razón para ello, y es, que en la fianza voluntaria, dependiendo de la voluntad la obligación primitiva ó principal, no hay la razón de necesidad que en la legal ó en la judicial, cuya necesidad es el principal fundamento de la facultad concedida en este artículo.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 2041 de los Códigos de Francia y de Bélgica, con el 1886 del de Méjico, con el 1867 del de Holanda, con el 1922 del de Italia, con el 2053 del de Bolivia, con el 3034 del de la Luisiana, con el 1523 del de Vaud, con el 1770 del de la Baja California, con el 1886 del de Campeche y con algunos otros.

ARTÍCULO 1856

El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal.

El subfiador, en el mismo caso, no puede pedir ni la del deudor ni la del fiador.

El precepto consignado en este artículo ha sido objeto de larga controversia entre los tratadistas, y aun sigue dando lugar á encontradas opiniones en cuanto á su fundamento y á su justificación.

Refiriéndose al art. 1923 del Código de Italia, idéntico en un todo al que examinamos, dice Ricci que en el derecho, y aun en la equidad, se buscará en vano una razón suficiente á justificar la diversidad de *tratamiento* que se observa en dicho artículo, añadiendo que en él no hizo otra cosa el legislador que mantener un uso introducido ya en la práctica sin detenerse á investigar si dicho uso se presentaba ó no bien justificado.

Otros autores censuran también esta disposición, fundándose para ello en que la fianza es siempre una obligación accesoria, dependiente de una obligación principal á cargo de una tercera persona, que es la que está sujeta en primer término á su cumplimiento, y que así como el fiador dado por precepto de la ley ó por decreto del Juez tiene las mismas responsabilidades que el dado en fuerza de la convención, debiera tener los mismos derechos y los mismos recursos que éste, por cuyo motivo dicen *no se concibe por qué razón pueda invocar uno el beneficio de excusión y el otro no.*

Pero los que tal opinión sustentan olvidan, sin duda, la notoria diferencia que existe en cuanto al origen de una y otra de dichas clases de fianza; diferencia que por sí sola basta para hacer imposible el ejercicio ó la utilización del beneficio indicado, aun sin necesidad de apelar á la razón que dan los partidarios de la limitación impuesta por nuestro Código, de que deben ser más fuertes los vínculos y mayores las seguridades en las obli-

gaciones que se contraen en el caso de la fianza judicial que en las otras clases, en consideración á la índole especial de las obligaciones aseguradas con ella.

Esa especialidad de los intereses y derechos que los Tribunales están en el deber de garantir, aconseja, en efecto, asegurar por todos los medios que no se demore ni dificulte el cumplimiento de la obligación de fianza, á fin de que, desde luego, la haga efectiva el fiador sin esperarse á depurar si el principal obligado tiene ó no bienes con que responder en primer término, ni á dirigir el procedimiento contra ellos, por la razón ya indicada en otra ocasión, de que muchas más garantías y mayor seguridad ha de ofrecer el fiador que el fiado cuando no basta la solvabilidad de éste, según lo demuestra la necesidad impuesta por la ley ó por los Tribunales para el aseguramiento de dichos intereses y derechos.

Además, como el fiador judicial ha de ser capaz de apremio personal cuando el deudor principal esté sujeto á él por razón de su deuda, carece de objeto y de aplicación el beneficio citado, toda vez que éste tiene por único objeto el librar del procedimiento al fiador hasta la completa excusión de bienes del fiado. Por eso, aunque pueden ser muchos los casos de fianza judicial, en todos ellos huelga la excusión, según ha dicho un autor. Pero si bien se le priva de ese beneficio, no por eso queda reducido el fiador judicial á un mero deudor solidario, puesto que, como el legal y el voluntario, gozará de todos los demás derechos y acciones que la ley concede al fiador convencional.

La disposición contenida en el párrafo 2.° del articulo, es una justa consecuencia de la consignada en el primero, pues el subfiador no puede tener más derecho ni ser de mejor condición que el fiador, cuya responsabilidad tomó á su cargo; y tanto por esto como por concurrir en el subfiador las mismas razones de saludable rigor que excluyen el beneficio de excusión en el fiador, la ley no podía dejar de hacer extensiva á él la prohibición indicada, la cual tiene sus precedentes en el derecho romano, como puede verse en la ley 52, tít. 1.°, lib. 45 del Di-

gesto y en la ley 1.ª, tít. 5.º, líb. 46 del mismo cuerpo legal.

A propósito de este artículo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de Diciembre de 1896, ya en otra ocasión indicada, que es de carácter judicial la fianza que los herederos deben dar á los acreedores de la herencia para privarles de su derecho á intervenir en los juicios universales de liquidación y partición de la misma, fundándose para ello en que además de surtir sus efectos dentro del juicio, sin la directa aceptación de la persona á cuyo favor se presta, no los produce, sino en virtud de providencia judicial; y en su consecuencia, añade dicha sentencia, es visto que el fiador en tal caso no puede pedir excusión de bienes del deudor principal.

Concordancias.—El presente artículo concuerda sustancialmente, entre otros, con el 2042 y el 2043 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1887 y el 1888 del de Méjico, con el 2052 del de Bolivia, con el 2257 del de Veracruz-Llave, con el 1524 del de Vaud, con el 3035 y el 3036 del de la Luisiana, con el 1771 y el 1772 del de la Baja California, y con el 1923 del de Italia; pero es de advertir que este Código, en su art. 1924, autoriza al subfiador á pedir la excusión de bienes del fiador, aunque no de los del principal deudor.

TITULO XV

DE LOS CONTRATOS DE PRENDA, HIPOTECA Y ANTICRESIS

Como el anterior, hállase consagrado este título á la reglamentación y ordenamiento de determinados contratos accesorios y de garantía de una obligación principal de cuya existencia dependen.

En la introducción al título anterior indicamos ya que, en su acepción más lata, bajo la palabra fianza, estaban comprendidas todas las garantías de distintas clases constituídas y admitidas por la ley para el aseguramiento de una obligación contraída por el mismo asegurador ó por persona distinta. Pero á la vez añadíamos que la fianza tenía otro concepto más limitado, el de la garantía puramente personal prestada, no por el deudor, sino por sujeto distinto del principal obligado; y en esta acepción restringida y estricta que constituye la verdadera noción jurídica de dicha institución, la estudiamos en título independiente y separado como la generalidad de los Códigos extranjeros, dejando para estudio aparte todo lo relativo á las otras formas que puede afectar el contrato de garantía, ó sean la prenda, la hipoteca y la anticresis, que es la materia reservada al presente título.

Ya en este punto no ha sido uniforme la norma seguida por las distintas legislaciones. La francesa, por ejemplo, después de regular en título aparte, como nuestro Código, la fianza, comprende bajo un común epígrafe la prenda y la anticresis, cual si fueran una misma cosa, definiéndolas conjuntamente como «un contrato, por el que un deudor pone en manos de su acree-

dor una cosa para seguridad de la deuda» (1), si bien divide después la materia en dos partes ó capítulos, como no podía menos de hacerlo, dadas las diferencias existentes entre ambos contratos, ocupándose en uno de la prenda, ó sea cuando es mueble la cosa entregada en garantía, y en otro de la anticresis, es decir, del aseguramiento y entrega de cosa inmueble. Y en otro título distiuto comprende con la extensión necesaria toda la parte sustantiva del derecho hipotecario bajo el epígrafe *De los privilegios é hipotecas.*

El Código italiano, por el contrario, dedica títulos diferentes á los diversos contratos especiales de garantia, ocupándose en uno de la prenda en general, y en otros separadamente de la anticresis, de la fianza, y en último término de los privilegios é hipotecas, siguiendo, en cuanto al derecho hipotecario, el mismo criterio que el de Francia. Lo mismo podemos decir del de Chile, del de Colombia y de algunos otros, si bien en ellos se trata con más extensión de la fianza, y á continuación de la prenda se ocupan de la hipoteca, lo mismo que nuestro Código.

Cuál de esos diversos sistemas sea mejor, cuestión es que no puede ofrecer duda, á nuestro juicio. Desde luego nos parece más acertado el nuestro; pero como, después de todo, la cuestión de método en la codificación no es de importancia para nuestro trabajo, dada la índole y condiciones de esta obra, no nos detenemos á demostrarlo.

El presente título se divide en cuatro capítulos: en el primero, de los cuales se trata conjuntamente, por las razones que más adelante expondremos, de todas aquellas reglas legales que corresponden á los caracteres comunes de la prenda y de la hipoteca; en el segundo, de la prenda en sus propias y peculiares relaciones jurídicas; en el tercero, de los principios generales de la hipoteca; y en el cuarto, de la anticresis, materia no bien deslindada y determinada antes de la publicación del cuerpo legal que comentamos y de la cual prescindía el Proyecto de 1851.

---

(1) Art. 2071 del Código civil.

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones comunes á la prenda y á la hipoteca.

Los contratos de prenda y de hipoteca, si bien se diferencian esencialmente en cuanto á la clase de bienes ó de cosas sobre que recaen, y en razón á los efectos especiales que esa misma diferencia impone, tienen, sin embargo, caracteres comunes, como contratos reales de garantía ambos, y existen no pocas disposiciones relativas á uno y otro que deben ser examinadas y reguladas conjuntamente, como en tratado preliminar al examen de los efectos peculiares de cada uno de ellos. Por eso el Código examina en el primero de los capítulos en que se halla dividido el presente título, toda esa materia común y preliminar como base del ulterior desenvolvimiento del régimen á que deben estar sometidos dichos contratos. He aquí la razón de método y el motivo legal del orden establecido por el legislador.

Son tantos los caracteres comunes y los puntos de contacto ó de relación que existen entre la prenda y la hipoteca, que durante mucho tiempo han estado confundidos ambos contratos y han sido precisos los progresos del derecho moderno para precisar los límites diferenciales de uno y otro, no faltando quien considere aún como una misma cosa la prenda y la hipoteca, por estimar una y otra como la responsabilidad y garantía material del cumplimiento exacto de la obligación principal por ellas asegurada.

Aun cuando la ciencia ha venido á establecer en las legislaciones positivas con determinación precisa la distinción que debe existir entre estos dos contratos—distinción cada vez mayor á medida que va siendo más amplio el desarrollo y desenvolvimiento de los mismos conforme á las necesidades de la vida actual de la contratación—, conservan, sin embargo, muchos puntos de semejanza en sus condiciones, lo que exige una plena

comunidad é identidad en algunos de los preceptos que los regulan, y esas disposiciones comunes á ellos, es lo que constituye el objeto exclusivo de este capítulo.

Y que esa semejanza existe entre la prenda y la hipoteca, está fuera de toda duda, pues tanto una como otra, son contratos accesorios por naturaleza que se constituyen igualmente para garantir una obligación principal, requiriendo que dicha garantía se establezca sobre una cosa real y efectiva y no sobre el crédito personal de un tercero, en lo que se diferencian esencialmente de la fianza.

Tienen también de común el que pueda prestarse la garantía y la obligación consiguiente pueda ser contraída por el mismo deudor sin necesidad del concurso de una tercera persona, cuya especial intervención es requisito indispensable en la fianza, pues nadie puede ser fiador de sí mismo.

Otro carácter común á ambos contratos es la indivisibilidad de la garantía, establecida por el art. 1860, en cuyo comentario expondremos el concepto y fundamento de dicho carácter. Y por último, existe también comunidad ó semejanza en cuanto á los efectos, pues en uno y otro de dichos contratos, es de esencia que vencida la obligación principal puedan ser vendidas las cosas, sobre las que se hallare constituída la garantía, para pagar con su producto al acrcedor.

Es también común en uno y otro caso la limitación, ó, mejor dicho, la prohibición impuesta al acreedor respecto al aprovechamiento y apropiación de las cosas dadas ó gravadas en garantía, pues á no existir pacto en contrario, no puede apropiárselas ó adjudicárselas en pago ni disponer de ellas, y en cuanto á los bienes pignorados tiene el acreedor pignoraticio el mismo concepto que el depositario, como ha dicho un autor, puesto que obligado se halla á conservarlos para devolverlos con sus aumentos al deudor, cuando éste pague las deudas, en la misma forma en que lo está el depositario.

Vistas ya las principales analogías existentes entre los contratos de que nos ocupamos, interesa marcar las diferencias que

los distinguen, siendo una de las principales la relativa al objeto de ellos, pues sólo podrá referirse el de hipoteca á los bienes inmuebles y á los derechos reales, enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre bienes de dicha clase, según el artículo 107 de la ley Hipotecaria; y por el contrario, el contrato de prenda ha de recaer necesariamente sobre bienes muebles.

Diferéncianse también dichos contratos, en que, en la prenda, la cosa dada en garantía sale del poder del deudor y pasa al del acreedor ó al de una tercera persona determinada, mientras que en la hipoteca no pierde el dueño de la finca hipotecada la posesión de la misma, sino que, por el contrario, continúa poseyéndola en la misma forma y en las mismas condiciones que antes de constituirse el gravamen.

La tercera y última de las diferencias que hemos de consignar, la determina el modo de constituirse, pues la prenda puede establecerse en cualquier modo ó forma, si bien no surtirá efecto en cuanto á tercero, sino consta por instrumento público la certeza de la fecha (art. 1865), y, por el contrario, la hipoteca sólo puede constituirse mediante documento público que debe ser inscrito en el Registro de la propiedad correspondiente, conforme á las prescripciones de la legislación hipotecaria: diferencia nacida de la necesidad de la mayor publicidad que conviene tenga la hipoteca para su debido y oportuno conocimiento, por no revelar ostensiblemente su existencia, lo cual no sucede en la prenda, porque desde un principio sale del poder del dueño pasando al del acreedor la cosa mueble dada en garantía y es notoria su afección.

Pero las diferencias que existen entre dichos contratos, no son ahora objeto de nuestro estudio, bastando tan sólo á nuestro propósito su cita para que se comprenda que se trata de convenciones esencialmente distintas, á pesar de las semejanzas que tienen, según hemos visto por razón de su naturaleza, de su objeto, y hasta de sus respectivos efectos, determinando una especial comunidad entre varios de sus peculiares caracteres.

Esos caracteres comunes que tendrán más amplia exposición

en el comentario de los diversos artículos que componen el presente capítulo, y la semejanza creada por consecuencia de los mismos entre la prenda y la hipoteca, justifican sobradamente que el legislador haya reunido en un tratado especial todas las prescripciones generales aplicables á uno y otro de dichos contratos para evitar la innecesaria repetición que en otro caso hubiera sido precisa en su exposición. Y hecha esta ligera indicación del fundamento del capítulo, pasemos al estudio de sus particulares disposiciones aisladamente apreciadas.

ARTÍCULO 1857

Son requisitos esenciales de los contratos de prenda é hipoteca:

1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

2.º Que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca.

3.º Que las personas que constituyan la prenda ó hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes, ó, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Las terceras personas extrañas á la obligación principal pueden asegurar ésta, pignorando ó hipotecando sus propios bienes.

I. *Recta inteligencia del presente artículo.*—En las indicaciones que preceden respecto del objeto del capítulo, cuyo primer artículo ahora examinamos, dijimos que si bien los contratos de prenda y de hipoteca se diferencian por la naturaleza jurídica de las cosas que pueden ser objeto de los mismos y por sus peculiares efectos, quedaban sin embargo como comunes á ambos multitud de disposiciones que merecían ser estudiadas conjuntamente, justificando esto su consignación en un tratado ó capítulo especial, que es lo que hace el Código, empezando por determinar la comunidad de sus caracteres con la exposición he-

cha en este artículo de los requisitos esenciales en dichos contratos. Esos requisitos son:

1.° Que se constituya tanto el contrato de prenda como el de hipoteca para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

2.° Que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca.

3.° Que las personas que constituyan la prenda ó hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes ó, en caso de no tenerla, que se hallen legalmente autorizados al efecto.

Y toda vez que esos requisitos exigidos por la ley como esenciales de dichos contratos, son distintos en sus fundamentos y en sus circunstancias respectivas y propias, conviene, para mayor claridad, que nos ocupemos por separado de cada uno de ellos.

a) Necesidad de que se constituyan para seguridad de una obligación principal.—Este requisito se deriva del objeto ó del fin á que responden dichos contratos y del carácter accesorio que los distingue, pues la prenda, y lo mismo la hipoteca, son contratos puramente *accesorios* y en tal concepto, como todos los de dicha clase, no pueden existir sin una obligación principal, anterior ó coetánea, á cuyo cumplimiento sirvan de garantía; de donde se deduce que sin dicha obligación principal no pueden subsistir ni tener lugar tales contratos. Por lo tanto, aunque exista la promesa de constituir prenda ó hipoteca, esta promesa no es exigible mientras no exista ó se constituya la obligación que ha de ser asegurada en alguna de dichas formas.

Se encuentran, pues, tales contratos en el mismo caso que la fianza, con la que tienen este carácter común ó análogo, y, como sucede con la fianza, no pueden existir jurídicamente la prenda y la hipoteca sin una obligación *válida* á la que sirvan de garantía, pues si bien el artículo que comentamos no exige de una manera expresa la condición de validez de la obligación que ha de ser objeto de dichos contratos, como lo hace en el art. 1824 respecto de la fianza, hay que sobreentender impuesta esa con-

dición, porque los actos nulos, entre los cuales habría que contar las obligaciones aseguradas con la prenda ó la hipoteca cuando no fueren válidas, no pueden producir efecto jurídico alguno.

Hallándose en el mismo caso que la fianza, la prenda y la hipoteca, en cuanto á su condición accesoria, es evidente que cuanto tenemos dicho acerca de esto en el título anterior, tiene aplicación ahora á los dos contratos citados; y á lo entonces expuesto nos remitimos, sin que sea necesaria por ahora ó al presente mayor explicación de este carácter común ó requisito esencial de uno y otro de los contratos citados.

b) Que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al pignorante ó hipotecante.—La prenda y la hipoteca responden ordinariamente de un crédito real ó de una obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza por alguno de dichos medios, y, por consiguiente, es de esencia en ellos que, en el caso de no ser cumplida la obligación principal garantizada, pueda procederse contra la garantía aplicándose el producto de la misma á la satisfacción de dicha obligación, lo cual no podría tener efecto si los bienes pignorados ó hipotecados no fueran de la pertenencia del que los pignora ó hipoteca. Es decir, que respondiendo al cumplimiento de la obligación principal las cosas en que consista la garantía pignoraticia é hipotecaria y teniendo que procederse á su enajenación ó pasando á ser propiedad del acreedor, en su caso, si se faltara á dicho cumplimiento, evidente resulta la necesidad de que concurra el segundo de los requisitos indicados, pues hay una verdadera transmisión del dominio ó de los derechos sobre que versa la garantía por parte del que constituye tales aseguramientos al entregar en prenda ó al hipotecar dichos bienes.

No quiere esto decir que el deudor principal sea siempre el pignorante ó el hipotecante, pues ni esto es de esencia, ni se ajusta tampoco á la práctica y á la costumbre. Por el contrario, muchos y frecuentes son los casos en que una tercera persona preste la garantía con sus propios bienes.

En este punto se diferencian de la fianza, como hemos dicho, la prenda y la hipoteca, pues mientras en aquélla es necesaria la intervención de una tercera persona en el concepto de garantizador, en estos dos contratos, que ahora estudiamos en sus caracteres comunes, puede prestar la garantía el mismo que debe la obligación principal; pero no es necesario que lo haga siempre y en todo caso el deudor, sino que puede hacerlo un tercero; y tanto éste como el principal obligado, si constituye él la prenda ó la hipoteca, tendrán que ser dueños respectivamente de las cosas objeto de la garantía, por la razón que queda indicada anteriormente.

Por eso declara el Código en el párrafo último de este mismo artículo, poniendo término á toda duda sobre ello, que las terceras personas extrañas á la obligación principal, ó sea al contrato en que la misma se estableciera, pueden asegurar dicha obligación pignorando ó hipotecando sus *bienes propios,* con lo que no ha venido á hacerse otra cosa más que sancionar el estado de derecho anterior á la publicación de dicho cuerpo legal.

En efecto; la ley 7.ª, tít. 13 de la Partida 5.ª disponía, por lo que á la prenda se refiere, que no pudiesen empeñar las cosas *los que no han poderío de enajenarlas,* por la razón ya expuesta de que la prenda y también la hipoteca entrañan una verdadera enajenación de la cosa dada en garantía en alguno de dichos conceptos, toda vez que ésta corre el riesgo del incumplimiento de la obligación que garantiza. Y en cuanto á la hipoteca, la ley Hipotecaria había declarado ya que no podía ser constituída en ningún inmueble por persona que no acreditase su propiedad, no pudiendo ser inscrita la hipoteca si no constare en el Registro el derecho del hipotecante sobre la misma.

Después de promulgada dicha ley, se suscitó la cuestión de si podía constituirse hipoteca al mismo tiempo de adquirir el dominio de la cosa que había de ser gravada, ó sea por aquel que no tuviera aún la propiedad, pero que hubiera de ganarla en el mismo acto ó al mismo tiempo, antes, por lo tanto, de estar hecha á su favor en el Registro la inscripción de dicha propiedad, ha-

biéndose resuelto afirmativamente la duda por la Dirección general de los Registros, si bien con la condición de que se inscriba antes el dominio ó inmediatamente después la hipoteca, según puede verse en Resolución de 1.º de Octubre de 1874, publicada en la *Gaceta* de 4 del mismo mes.

La misma doctrina ha venido á mantener el Código civil y la jurisprudencia concordante con él, hallándose declarado, por sentencia de 11 de Diciembre de 1903, que siendo una regla secular de nuestro antiguo derecho no contradicha ni preterida por el Código civil, sino por el contrario, confirmada por el mismo, que el condueño puede hipotecar la porción que le pertenece y que el contrato puede purificarlo la confirmación, es consecuencia directa y necesaria de ello la validez de la hipoteca constituída y sostenida por un coheredero cuando ya había fallecido su causante derecho y sucedido á éste en el dominio de los bienes hipotecados, inscritos con conocimiento de que con anterioridad habían sido adjudicados específicamente.

Fúndase también el Tribunal Supremo para hacer tal declaración, en que la ley Hipotecaria no varió las reglas de la anterior legislación civil, referentes á dicho caso, limitándose tan sólo á agregar á ellas las derivaciones de los preceptos de publicidad y especialidad de las hipotecas, por lo que el art. 1875 del Código civil, para sancionar la adición y hacer patente la armonía entre ambas legislaciones, satisfaciendo el objeto especial de la hipotecaria, dispone que á los demás requisitos establecidos por la civil ha de agregarse, para que la hipoteca quede válidamente constituída, el de la inscripción del documento en el Registro de la propiedad.

c) Que el pignorante ó hipotecante tengan la libre disposición de sus bienes ó se hallen en otro caso legalmente autorizados al efecto.— Este es otro requisito que el mero buen sentido impone como lógica consecuencia del objeto con que se constituye la prenda y la hipoteca.

Hemos dicho que estas son obligaciones accesorias constituídas para asegurar ó garantir la efectividad de una obligación

principal de cuyo cumplimiento responden; y que, por lo tanto, es de esencia en estos contratos especiales de garantía, que vencida la obligación asegurada, pueden ser enajenadas las cosas dadas en prenda ó en hipoteca, lo cual requiere, no sólo que el que las grava en tal concepto tenga la propiedad de ellas, sino que además goce de la libre disposición de sus bienes, porque el acto que realiza constituye una verdadera enajenación ó transmisión, según queda ya indicado.

Vencida, en efecto, la obligación principal, garantida con la prenda ó la hipoteca, sin que hubiere sido cumplida en la forma estipulada, surge de ese mismo hecho el derecho del acreedor á proceder contra los bienes que constituyan la garantía para hacer efectiva con su producto la obligación indicada, y ya en este punto, ó sea en la realización de dichos bienes, existe una diferencia notable y de gran importancia en cuanto al procedimiento, según que los bienes perseguidos con dicho objeto estén dados en prenda ó hipotecados. Pero esta cuestión, la de la diferencia en el procedimiento, tiene su lugar apropiado más adelante, y reservándonos ocuparnos de ella en dicha ocasión, nos limitamos á insistir en la necesidad de que los pignorantes y los hipotecantes tengan además de la propiedad de los bienes que pignoran ó que hipotecan la libre disposición de sus bienes, ó en otro caso, que se supla ese defecto en la forma establecida por la ley antes de constituir la prenda ó la hipoteca, á fin de evitar nulidades y obstáculos que impidieran después la necesaria realización de dichos bienes, y, por consiguiente, el cumplimiento de los fines esenciales de los contratos citados; porque celebrados esos contratos por quien no tuviera la libre disposición de sus bienes, ó sea la capacidad necesaria para llevar á efecto la enajenación que implican, resultaría completamente ineficaz la obligación de garantía, puesto que habría sido constituída sin la capacidad necesaria para ello, adoleciendo de un vicio de nulidad que la invalidaría.

Aun partiendo de la base de cumplirse la obligación principal, los requisitos 2.º y 3.º del art. 1857 son tan naturales

como irremediables, puesto que tanto en la prenda como en la hipoteca, se constituye un derecho real, derecho real que envuelve el ejercicio de un derecho dominical, el desprendimiento de alguna de las facultades que integran el dominio.

Los expresados requisitos no exigen sin embargo la precisa intervención del dueño en la constitución de esos derechos reales, pues por diversas circunstancias, pueden ó deben intervenir en su nombre, representándole otras personas, como el apoderado, con poder especial al efecto, conferido por la *voluntad* del dueño, ó los padres, los tutores, la mujer en ciertos casos de separación de bienes en el matrimonio, ó de conferírsele su administración, el marido respecto á los bienes gananciales, etc., todos los cuales obran autorizados por *la ley* en nombre también del dueño y supliendo la falta de capacidad de obrar del mismo, siempre que en cada caso se cumplan las formalidades legales necesarias para la constitución de derechos reales. La mujer casada, en la vida normal del matrimonio, hipoteca ó da en prenda, por sí misma, como dueña, pero con licencia de su marido, ó del Juez en su defecto.

En resumen, para que pueda constituirse válidamente la prenda ó la hipoteca, es condición precisa que el que lo haga tenga la libre disposición de sus bienes; pero por los que no la tengan, podrán, sin embargo, celebrar dichos contratos los que se hallaren autorizados para ello en legal forma.

II. *Concordancias.*—Algunas concordancias con el precepto que examinamos se encuentran en la legislación romana, especialmente en las leyes 3.ª, 18 y 33 del tít. 1.º, libro 20 del Digesto, y en las leyes 1.ª y 2.ª del tít. 23, libro 8.º del Código. Las leyes 7.ª, 8.ª y 9.ª del tít. 13 de la Partida 5.ª, aportaron á nuestro Derecho los principios del romano en la forma que tenemos indicada en las nociones precedentes sobre estos dos contratos, y el Proyecto de Código de 1851, inspirado como el presente en el anterior estado legal, propuso en su art. 1773 precepto análogo al que acabamos de examinar, y evidente relación se observa además entre éste y los artículos 20 y 126 de la ley

Hipotecaría de la Península, y con el 28 de la de Cuba y Puerto Rico, con el 29 de la de Filipinas, con el 140 de la de Cuba y con el 134 de la de Puerto Rico y Filipinas.

En cuanto á los Códigos extranjeros, pocas son las concordancias que se encuentran, por la especial y distinta forma en que se halla desarrollada en ellos esta materia; pero se observan importantes analogías en los artículos 2076 del de Francia, 1984 del de Guatemala, 2254 y 2255 del del Uruguay, 859, 894 y 895 del de Portugal, 2385, 2387 y 2388 del de Chile, 3129 del de la Luisiana, 1561 del de Vaud, 2260 y 2261 del de Veracruz-Llave y en algunos otros, cuya exposición estimamos innecesaria.

Según todos ellos, y conforme con los principios consignados en nuestra legislación, antigua y moderna, la prenda y la hipoteca tienen, como carácter ó nota común, el ser reales dichos contratos, constituídos ambos en garantía de una obligación propia ó ajena, y tanto en uno como en otro de estos puede procederse á la realización de la cosa pignorada ó hipotecada en caso de incumplimiento de la obligación principal asegurada con ellos para aplicar su producto al pago del crédito ó á la satisfacción de dicha obligación, creándose por los dos responsabilidades puramente subsidiarias y accesorias, si bien se distinguen, como en nuestro Derecho, en que la prenda se refiere á las cosas muebles, saliendo éstas de poder del pignorante, y, por el contrario, se contrae la hipoteca á los inmuebles, los cuales quedan gravados, sin que pierda su posesión el hipotecante.

ARTÍCULO 1858

Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda ó hipoteca para pagar al acreedor.

ARTÍCULO 1859

El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca, ni disponer de ellas.

En el primero de estos artículos continúa el Código la exposición de los requisitos esenciales comunes á la prenda é hipoteca, y en el segundo se consigna una disposición que es consecuencia lógica y jurídica del concepto en que son gravados los bienes objeto de la garantía y del fin á que ésta obedece.

Es de esencia en estos contratos, como hemos dicho, que una vez vencida la obligación principal sin haber sido cumplida por el principal obligado, se vendan los bienes en que consista la prenda ó la hipoteca para pagar con su producto al acreeedor, pues respondiendo éstos de un crédito real que se concede ordinariamente, según ha dicho un autor, en consideración á la garantía constituída en alguna de dichas formas, resultarían completamente ilusorios é ineficaces dichos contratos si no pudieran realizarse por unas ó por otras causas los bienes pignorados ó hipotecados, viniendo á ser ineficaz la garantía.

La idea sola del aseguramiento implica desde luego la necesidad de que sea posible la enajenación de la garantía, y para ello que los bienes que la constituyan puedan ser realizables en el momento oportuno, porque de lo contrario no habría el aseguramiento pretendido. Esa misma necesidad es la razón fundamental del art. 1858, en el que de una manera expresa y terminante se establece ese requisito ó condición esencial, que es común á la prenda y á la hipoteca, porque tanto en uno como en otro de dichos contratos, concurre la misma causa y el mismo fundamento que justifican su exigencia.

Vencida la obligación asegurada sin que sea hecha efectiva por el deudor, nace, pues, el derecho del acreedor para proceder á su realización; pero hasta que no llegue este caso no tiene derecho alguno aquél para apropiarse las cosas pignoradas ó hipotecadas, ni para disponer de ellas con ningún otro objeto; precepto encaminado, como desde luego se comprende, á evitar los muchos fraudes que en otro caso se podrían llevar á cabo, por ser en la generalidad de las veces superiores en valor á la deuda los bienes en que se constituye la garantía.

En la hipoteca no es tan fácil el abuso, por continuar los bie-

nes hipotecados en poder del hipotecante, si bien en los términos de lo posible está el abuso cuando no ha llegado el vencimiento del plazo de la obligación principal; pero en cuanto á la prenda, esa posibilidad sube de punto y se halla sumamente justificado ese temor, que constituye el fundamento de la disposición sancionada en el art. 1859, en el que de una manera expresa y categórica se impone la prohibición indicada.

La disposición de dicho artículo es una limitación de la condición de disponibilidad de los bienes de la garantía exigida en el anterior, y por eso los examinamos juntos en consideración al enlace y á la unión que en sí tienen, siendo el segundo complemento del primero, toda vez que en él se determina y regula clara y precisamente la extensión del derecho del acreedor sobre los bienes citados.

Es esa limitación una consecuencia lógica y jurídica del concepto en que se gravan dichos bienes y del fin á que obedecen las garantías prendaria ó pignoraticia y la hipotecaria, pues por consecuencia de ellas se entregan ó se gravan los bienes mencionados, no para que pueda disponer de ellos el acreedor hasta el cumplimiento de la obligación garantida con los mismos, sino tan sólo para asegurar la efectividad del crédito ó de dicha obligación, lo cual es contrario á toda idea de apropiación ó de disposición de las cosas pignoradas ó hipotecadas. Es decir, que los bienes entregados en prenda ha de conservarlos como en depósito el acreedor; y en cuanto á los hipotecados, no podrá formular reclamación alguna sobre ellos, y sólo cuando llegue el incumplimiento de la obligación, en el tiempo ó en la forma convenidos, será cuando podrá perseguir dichos bienes; pero no aplicárselos en pago, sino pidiendo que se vendan con arreglo á la ley, y que el producto de su venta se aplique al cumplimiento de la obligación, que dejó de ser cumplida oportunamente.

Siendo una condición común de la prenda y de la hipoteca el que los bienes de la garantía, en uno y otro caso, sean fácilmente realizables, pero con la limitación de que queda hecho

mérito, impuesta por la razón jurídica ya indicada, ha hecho bien el Código en ocuparse de ella juntamente con los demás requisitos esenciales de dichos contratos; y resulta plenamente justificada la inclusión en el presente capítulo de las prescripciones de los dos artículos de que nos ocupamos.

Las mismas disposiciones se encuentran en nuestro antiguo derecho, que en este punto estaba formado por las disposiciones del tít. 13 de la Partida 5.ª, las cuales, respondiendo á la naturaleza especial de estas clases de contratos, cuyo único fin es garantizar el cumplimiento de una obligación, á la que están subordinados, prohibían al acreedor disponer ó apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca aunque la obligación estuviese vencida, procediendo tan sólo que se vendieran para pagar al acreedor.

Pero, ¿podrá el acreedor apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca cuando hubiere pacto especial en el contrato que le autorice para ello? Así se ha pretendido por algunos, fundándose en que el contrato es la ley para las partes contratantes; pero en nuestra opinión no puede menos de ser negativa la contestación á dicha pregunta.

En efecto: en cuanto á la hipoteca, no puede haber cuestión alguna sobre ello, pues el art. 1884 terminantemente prohibe que el acreedor adquiera la propiedad del inmueble hipotecado por falta de pago de la obligación garantida dentro del plazo convenido para su duración, llegando hasta declarar nulo todo pacto en contrario. Y respecto á la prenda, tampoco podrá hacer suya el acreedor la cosa pignorada, aunque así se hubiere convenido, porque en ese caso resultaría inmoral, ilícito y contrario á derecho dicho pacto.

Así lo ha considerado el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Noviembre de 1902, la cual privó de eficacia y virtualidad á un pacto estipulado en dichos términos.

Es tan interesante la doctrina establecida en esa sentencia, que no podemos menos de reproducirla aquí, con los necesarios antecedentes para que pueda apreciarse la razón de analogía y

el fundamento jurídico de su resolución en los casos que en la práctica puedan ofrecerse.

Referíase á la compraventa de alhajas ó de otros efectos, que suele ser la forma en que algunos prestamistas acostumbran á realizar sus préstamos. En el caso del pleito en que recayó dicha sentencia se habían entregado determinadas cantidades con garantías de papeletas de empeño y alhajas, consignándose en los resguardos justificativos de dichas operaciones que si, vencido el término que se había estipulado, no hubiese acudido el deudor á retraer los efectos, quedaría consumada la venta por el precio recibido (ó sea por la cantidad prestada), *sin que por ninguna de las partes pudiera haber lugar á reclamación*. Las operaciones se habían hecho en el concepto indicado de compraventa mercantil, y en tal concepto el comprador, ó prestamista, se negó á practicar la liquidación de los capitales prestados pretendida por el vendedor ó prestatario, fundándose aquél en haber expirado con exceso el término para ello.

Promovida demanda para que se le condenase á practicarla, fundada en que las operaciones realizadas en la casa del demandado eran de préstamo y no de compraventa mercantil, recayó sentencia condenando á dicho demandado á que, previa liquidación de los capitales prestados, de los intereses pactados y de las cantidades entregadas á cuenta, devolviera al actor, previo pago de las cantidades que contra él resultasen, las garantías ó alhajas si obraban en su poder, y en otro caso, por haber dispuesto de ellas y no ser posible recuperarlas, abonase su justo valor. Y elevado el juicio al Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación, dicho Tribunal declaró no haber lugar á él, estableciendo la doctrina siguiente: «Que si bien está fuera de duda que los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, si en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, y que las obligaciones que nacen de ellos tienen fuerza de ley entre los contratantes, quienes deben cumplirlos á tenor de lo convenido, es asimismo evidente que estos dos preceptos de los arts. 1278 y 1091 del Có-

digo civil están subordinados á lo dispuesto en el art. 1255, que no permite establecer pactos contrarios á las leyes, á la moral y al orden público, uno de los cuales pactos sería, según los términos generales del art. 1859, el en que se estipulara que el deudor pudiera apropiarse la cosa dada en prenda como si le fuera vendida, por sólo el transcurso del término del contrato de préstamo, pacto que, siendo nulo, conforme al art. 1884 del repetido Código, en cuanto al acreedor hipotecario, no hay fundamento racional, atendidos los precedentes de nuestro derecho antiguo, para que pueda estimarse lícito con respecto al acreedor pignoraticio, el cual, á falta de otras condiciones que válidamente se hubieran estipulado, no puede prescindir para la enajenación de la prenda de los términos prescritos en el art. 1872, que, si constituye derecho concedido al acreedor, y al cual éste puede renunciar, es también garantía del deudor que no puede perderla por la sola voluntad de aquél ó pactando lo que es ineficaz en derecho.»

Después de tan terminante declaración de la jurisprudencia, imposible es toda duda; pero aún se registran otras resoluciones que confirman dicha doctrina, entre ellas una sentencia de 21 de Octubre del mismo año 1902, en la que al declarar válido el pacto autorizando á un acreedor hipotecario para proceder á la venta extrajudicial de las fincas hipotecadas al vencimiento de plazo, sin necesidad de demanda alguna, sirviendo de tipo la cantidad por que quedaban gravadas, y que si no hubiera licitador en las subastas cuyo número se fijaba, se adjudicara al acreedor por el precio que hubiera servido de tipo, vino á reconocer y sancionar la doctrina indicada, toda vez que si se estimó la validez de dicho pacto fué por la razón única de que no implicaba apropiación alguna de la finca hipotecada el derecho otorgado al acreedor para venderla, ó para la adjudicación en pago en su caso, sino sólo una derivación de la facultad concedida á los contratantes en el art. 1255, facultad no contraria á la ley, ya que lo único vedado por ésta consiste en que el acreedor pueda adquirir por la mera falta de pago la propiedad de la

cosa dada en hipoteca (ó en prenda), y únicamente se le autorizaba por el pacto expresado para venderla con las condiciones estipuladas; autorización aneja al dominio y no contraria tampoco á la moral y al orden público, puesto que lo permitido por el art. 1872, en cuanto al acreedor pignoraticio, no podía nunca estimarse injusto respecto al acreedor hipotecario cuando el deudor expresamente ha convenido esa forma de pago. De este modo, y en términos tales, vino á quedar confirmada la prohibición de hacerse pago con la cosa pignorada ó hipotecada, sin que preceda la venta en la forma convenida ó en la establecida por la ley en otro caso.

La Dirección general de los Registros ha tenido necesidad de dictar también diversas resoluciones para esclarecer esta materia, determinando y precisando que la prohibición establecida en el art. 1859 del Código se refiere exclusivamente á los actos de apropiación ó de disposición de los bienes de la garantía llevados á cabo por el acreedor, y no tiene aplicación al caso en que el que dispone de dichos bienes es el mismo deudor.

Por este motivo, ó por dicho fundamento, la Dirección citada, en resolución de 9 de Febrero de 1901, publicada en la *Gaceta* de 6 de Marzo siguiente, declaró inscribible una escritura, por la que la dueña de una casa hipotecada la vendió al acreedor por precio recibido, expresándose en el contrato que por confusión con el dominio quedaba la finca libre de la hipoteca constituída por el vendedor á favor del comprador en garantía de un préstamo por cantidad igual al precio de la venta. Presentada la escritura en el Registro, fué denegada la inscripción por estimar el Registrador que el acto comprendido en la escritura, *tal como resultaba efectuado*, se hallaba prohibido por las leyes. Interpuesto recurso por el Notario y sostenida por el Registrador su nota, fundado en que, á su juicio y conforme á lo dispuesto en el art. 1872 del Código civil, debió efectuarse la venta en pública subasta, el Juez delegado la confirmó, apoyándose en análogas consideraciones y en la resolución de la Dirección mencionada de 28 de Noviembre de 1893.

Revocado el auto por el presidente la Audiencia, apeló el Registrador, decidiéndose el recurso por el centro directivo en la forma expuesta, estableciéndose como fundamento de dicha resolución que con arreglo al art. 1457 del Código pueden celebrar el contrato de compraventa todas las personas á quienes dicho Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes; que dichos artículos no establecen prohibición alguna ni limitación de ninguna clase respecto á las ventas de las fincas hipotecadas, y por lo tanto, es obvio que pueden verificarse libremente por parte del deudor en favor del acreedor, estipulándose el precio que tengan por conveniente; que el art. 1859 del Código no tenía aplicación al caso, porque no se trataba de ningún acto de apropiación ni de disposición llevada á cabo por el acreedor, sino de venta del deudor, que era quien disponía de la finca hipotecada, y que tampoco eran aplicables al caso el art. 1872 y la Resolución de 28 de Noviembre de 1893, que servía de fundamento á la nota denegatoria del Registrador, porque, aunque pudiera aplicarse á la hipoteca la prescripción que dicho artículo establece respecto de la prenda, es lo cierto que tal artículo y aquella resolución *se refieren únicamente á la enajenación por parte del acreedor, mas no á la que se verifique por parte del deudor*, que era de lo que se trataba.

De este modo quedó terminantemente reconocido el derecho de los dueños de las fincas hipotecadas para transmitir *libremente* el dominio de las mismas al acreedor hipotecario por título de venta, estipulando como precio de la enajenación el importe de la deuda hipotecaria; de cuya facultad hemos de ocuparnos más adelante al comentar el art. 1872 del Código. Entonces examinaremos también las Resoluciones de la Dirección mencionada de 12 de Julio de 1901, 21 de Octubre del mismo año, 16 de Noviembre de 1902 y 28 de Mayo de 1904, que tienen relación también con esta cuestión, bastando por ahora á nuestro propósito las indicaciones hechas para dejar bien determinado el sentido y la recta inteligencia de los artículos objeto de este comentario.

Concordancias.—Precedente tiene en nuestro antiguo derecho el art. 1858 en las leyes 41 á 43 del tít. 13 de la Partida 5.ª, y también en el art. 131 de la ley Hipotecaria de la Península, correspondiente al 145 de la ley de Cuba y al 139 de la de Puerto Rico y Filipinas; pero no se encuentran concordancias concretas en los distintos Códigos extranjeros.

Á su vez, el art. 1859 tiene su precedente legal en la ley 9.ª del título y Partida antes citados, y concuerda con el 2004 del Código de Guatemala, con el 2262 del del Uruguay, con el 2397 del de Chile, con el 2265 del de Veracruz-Llave, con el 2078 de los de Francia y Bélgica, con el 1800 al 1802 del de la Baja California, y otros varios, entre ellos el 1919 del de Méjico, el cual, refiriéndose á la prenda, como casi todos los anteriormente citados, establece doctrina en cierto modo contraria á la nuestra, disponiendo que el acreedor no puede quedarse con la prenda en pago de la deuda, salvo pacto en contrario; pero en caso de existir dicho pacto, se valuará la cosa pignorada y se procederá en los términos prevenidos en el artículo anterior, el cual autoriza la adjudicación al acreedor por las dos terceras partes del valor que le hubieren dado los peritos, si no pudiera venderse en los términos establecidos en el Código de procedimiento. También faculta el art. 1920 de dicho Código para vender extrajudicialmente la prenda por convenio expreso de las partes; pero tanto en este caso como en el de la venta judicial á instancia del acreedor, á que se refiere el art. 1917, y en el de la adjudicación, podrá el deudor hacer suspender la venta pagando el débito dentro de veinticuatro horas, contadas desde la suspensión, según se previene en el art. 1921.

El espíritu de nuestro derecho es que el acreedor tenga como en depósito la cosa dada en prenda, sin que en ningún caso pueda disponer de ella ni apropiársela, así como tampoco la finca hipotecada, sino únicamente pedir su venta con arreglo á la ley cuando venza el término y no sea cumplida la obligación asegurada, sin que pueda adjudicársela á no existir una previa transmisión á su favor por el dueño para dicho caso.

ARTÍCULO 1860

La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor ó del acreedor.

No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda ó la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.

Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos.

Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca ó en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito.

El deudor, en este caso, tendrá derecho á que se extingan la prenda ó la hipoteca á medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

En este artículo se regula otro de los caracteres esenciales y comunes de la prenda y de la hipoteca: el de la indivisibilidad, ó sea el que la cosa objeto de dichos contratos no pierde su condición de pignorada ó hipotecada hasta la total extinción de la obligación principal asegurada en alguna de dichas formas, aunque se pague la mayor parte de ella, siendo por lo tanto preciso para que dejen de surtir sus efectos la prenda ó la hipoteca el abono íntegro de la deuda, sin que sea obstáculo para ello el que ésta se haya dividido entre varios causahabientes del deudor ó del acreedor.

La razón de ello se comprende fácilmente teniendo en cuenta el fin de la prenda y de la hipoteca, y atendiendo á que tanto la una como la otra se prestan por la totalidad de un crédito ó de una obligación determinada, y no sería justo ni conforme á su

naturaleza y á su objeto terminar la garantía antes de tiempo, privando de ella á parte de la deuda, siquiera ésta sea pequeña, con daño evidente del deudor. Por eso dispone la ley en el artículo que examinamos que el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda no podrá pedir que se extinga proporcionalmente la prenda ó la hipoteca mientras aquélla no haya sido satisfecha por completo, ni tampoco podrá el heredero del acreedor, que recibió la parte que le correspondía en la deuda, devolver la prenda ó cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos á quienes no les hubieran sido satisfechas sus respectivas participaciones.

Pero además de la razón ya dicha, como fundamento de ésta, y de las demás disposiciones que comprende el presente artículo, existe otra indicada por un autorizado comentador del Código, la cual consiste en que recibiendo el acreedor la prenda y la hipoteca en su totalidad de una sola mano ó por un solo contrato como garantía de una obligación única, hay que considerarle como depositario de la prenda ó como gravador de la finca hipotecada por todo el tiempo que dure sin ser cumplida íntegramente la obligación objeto de dichas garantías, y, por tanto, no puede ser compelido á partir sus derechos ni dicha garantía, ni á restituirla de un modo diferente del que la recibió, sin haber sido pagado íntegramente, aunque la misma cosa pignorada ó hipotecada sea divisible.

Esa razón no concurre cuando siendo varias las cosas dadas en prenda ó en hipoteca cada una garantice determinada porción de lo debido, pues entonces no existe inconveniente ni obstáculo alguno para que se quebrante la condición de indivisible y pueda librarse sucesivamente cada una de las cosas pignoradas ó hipotecadas á medida que se vayan pagando las porciones que respectivamente aseguren ó garanticen, toda vez que ya no quedan las restantes sin la seguridad correspondiente. Esta es la razón de la excepción consignada en el párrafo 4.º del artículo, única que admite la regla consignada en el párrafo 1.º del mismo.

Ninguna duda puede ofrecer la justificación de dicha excepción; pero si alguna llegara á suscitarse por la naturaleza especial y por el fin peculiar de esta clase de contratos, bastaría á disiparla la mera consideración de que en la hipótesis á que dicha excepción se refiere no hay la solidaridad que en general se constituye en los mismos entre los diversos bienes objeto de la garantía, que es el fundamento de la indivisibilidad de la misma, sino que, por el contrario, cada una de las porciones del crédito asegurada con cosa distinta puede considerarse como deuda independiente y con garantía diversa de la de las demás; y por eso no puede menos de reconocerse á favor del deudor el derecho de que esas garantías diferentes se extingan ó se cancelen según vayan quedando sin objeto por el pago de las partes de deuda de que especialmente respondan.

Ese principio de la indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca tiene sus precedentes en el derecho romano, en la ley 65 del título 2.°, libro 21 del Digesto, y consignado se hallaba en las leyes de Partidas en nuestra antigua legislación, según la que se consideraban indivisibles la prenda y la hipoteca, y en especial ésta por su propia naturaleza, y siguiendo el rigor de dicho principio, aun cuando se impusiera la hipoteca sobre varias fincas, todas y cada una de éstas debían responder de la totalidad del crédito garantizado por ella. Pero los autores de la ley Hipotecaria, entendiendo que debía modificarse la inflexibilidad y el rigor con que era observado aquel principio, permitieron y aun exigieron, que cuando se hipotequen dos ó más fincas á la seguridad de un mismo préstamo se determine la cantidad de que cada una deba responder; todo esto en interés del crédito territorial y como ha dicho un autor, «con el fin de no dar á la carga que el deudor se impone una extensión excesivamente gravosa sin mayor beneficio para el acreedor».

A este fin responde el art. 119 de dicha ley, que de hecho estableció la distribución de la garantía entre los varios bienes hipotecados, mediante cuya división ó distribución el acreedor no puede repetir contra ellos con perjuicio de tercero más que

por la cantidad de que responda cada uno, sin que por eso pierda su condición de indivisible la hipoteca, pues como consecuencia del principio de la indivisibilidad subsiste íntegra la misma, á pesar de dicha distribución sobre la totalidad de los bienes hipotecados, mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquiera parte de ellos que se conserve aunque la restante haya desaparecido (1).

También es consecuencia natural y lógica de dicho principio el precepto de la ley citada, según el que si una finca hipotecada se divide en dos ó más, no se distribuye entre ellas el crédito hipotecario como no sea por virtud de acuerdo expreso entre el acreedor y el deudor; y no verificándose la distribución, puede el primero repetir por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera ó contra todas á la vez (2).

Reproducción exacta de la doctrina sancionada por la ley Hipotecaria son los preceptos del Código relativos á la indivisibilidad de la prenda y la hipoteca, y según ellos, mientras no se concrete la parte ó porción de crédito que garantiza cada una de las cosas pignoradas ó hipotecadas, son absolutamente indivisibles aquéllas, y en su virtud, no se puede devolver la prenda ni cancelar la hipoteca mientras no esté satisfecho en su totalidad el crédito.

Conforme con las indicaciones que tenemos hechas, el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 23 de Abril de 1903, que aun cuando en la obligación principal contraída por varios no exista la solidaridad por no estar pactada, esto no es obstáculo para que la garantía hipotecaria, no obstante su condición accesoria, revista tal carácter; es decir, que la finca íntegra responderá al completo pago del crédito, intereses y costas, cualquiera que sea la distinta participación que en ella tengan los deudores, pues el principio de que toda hipoteca es indivisible cuando afecta á una sola finca, sólo admite como excepción y con

(1) Véase art. 122 de la ley Hipotecaria.
Véanse también los arts. 123 y 124 de la ley Hipotecaria.

relación á varias lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 1860 del Código civil, ó en los arts. 119 de la ley Hipotecaria y 99 de su reglamento.

Recayó dicha sentencia en juicio seguido con motivo de una escritura de préstamo contraído por un padre como representante legal de sus hijos, asegurando la devolución con una hipoteca constituída sobre un terreno en el que sus citados hijos tenían participaciones desiguales, siendo la del uno doble que la del otro. Seguido juicio ejecutivo, se adjudicó dicho terreno al acreedor, resultando de ello que, á pesar de tratarse de una obligación mancomunada, habían contribuído al pago en porciones distintas los dos obligados, y promovido pleito con tal motivo, alegándose que la obligación garantizada, ó sea la aneja al préstamo, no se había pactado solidariamente, por lo que debía entenderse mancomunada, fué absuelto de la demanda el demandado, desestimándose después el recurso de casación por la sentencia que hemos citado, la cual vino á confirmar la doctrina corriente y repetidamente establecida, de que la hipoteca constituída sobre una finca en garantía de una obligación mancomunada es indivisible y responde íntegramente de la totalidad de la deuda, cualquiera que sea la parte que á cada uno de los obligados corresponda.

La razón de ello es el principio de la indivisibilidad de la hipoteca de que venimos ocupándonos, cuyo principio no admite más excepción que la establecida en el párrafo 4.º del art. 1860, según se reconoce en la expresada sentencia.

Concordancias.—El artículo objeto de este comentario, concuerda, entre otros, con el 2083 y 2114 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1889 del de Italia, con el 2272 y el 2292 del del Uruguay, con el 893 del de Portugal, con el 2405 del de Chile, con el 1567 del de Vaud, con el 3138 del de la Luisiana, con el 3112, el 3233 y el 3239 del de la República Argentina, con el 1924, el 1954 y el 1959 del de Campeche, todos los cuales sostienen la misma teoría de nuestro Código de que la prenda y la hipoteca son indivisibles por su propia naturaleza.

ARTÍCULO 1861

Los contratos de prenda é hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas á condición suspensiva ó resolutoria.

El precepto de este artículo, aunque reconocido implícitamente en algunas leyes de Partida, como son, entre otras, la 17 y 32 del título 13 de la Partida 5.ª, carecía de sanción clara y concreta, cuya omisión vino á subsanar el Código con la disposición contenida en el presente artículo, el cual tiene su precedente en el art. 105 de la ley Hipotecaria, en cuanto á nuestra legislación, y en el derecho romano en las leyes 3.ª, 5.ª y 33 del título 1.º, libro 20; 2.ª del tít. 3.º, libro 20 también; 13.ª del título 6.º, libro 12, y 9.ª del tít. 6.º, libro 14, todas del Digesto; y en algunas otras disposiciones de dicho derecho.

La prescripción que contiene el presente artículo, es tan jurídica y de tan buen sentido que por sí sola basta su lectura para la justificación de la misma, porque, en efecto, la condición de las obligaciones no afecta en lo más mínimo á su seguridad ni á la garantía de su cumplimiento. Por eso, y además porque su inteligencia no puede ofrecer duda de ningun género, prescindimos de más amplio comentario, remitiéndonos á lo que tenemos dicho al ocuparnos del primero de los requisitos esenciales de los contratos de prenda y de hipoteca enumerados en el artículo 1857, el cual exige en tal concepto, en su número primero, que uno y otro de dichos contratos se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

La única condición que dicha obligación ha de reunir, es la de ser lícita y no estar prohibida por la ley, y por consiguiente, fácilmente se comprende cuáles sean aquellas obligaciones que no pueden ser aseguradas con prenda ó con hipoteca.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 2256 del Código del Uruguay, con el 1889 y el 1940 del de Campeche, con el 1773 y el 1823 del de la Baja California, y con el 1889

y el 1940 del de Méjico, si bien dichos Códigos se ocupan en títulos diversos de esta cualidad de la prenda y de la hipoteca, ó sea separadamente al examinar cada uno de dichos contratos, y no como una condición común á los mismos, cual lo hace el nuestro.

ARTÍCULO 1862

La promesa de constituir prenda ó hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase á otro ofreciendo en prenda ó hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, ó fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

Más breves aún que en el anterior hemos de ser en el examen del presente artículo, porque su precepto, en cuanto á la primera parte del mismo, es una aplicación lógica del principio que sirvió de base al art. 1279 de este Código, y la reserva hecha en segundo término no es más que una consecuencia de la respectiva independencia de los distintos órdenes del derecho, á virtud de la cual, el civil tiene que dejar siempre á salvo al penal cuanto se refiera á la imposición de sus prescripciones, á todos aquellos actos que pueden caer dentro de su propia y peculiar esfera.

Respecto al primero de los particulares que comprende no puede ofrecerse duda ninguna acerca del fundamento de su disposición, porque si bien es cierto que, tanto en los contratos de prenda y de hipoteca, como en el de fianza y otros muchos, precede siempre la oferta ó la promesa de constituir la garantía concertada ó meramente propuesta; no basta esto para considerar legalmente constituída dicha garantía, sino que es precisa é indispensable la entrega de la cosa pignoraticia en la prenda y la afección real de la finca en la hipoteca, mediante el otorgamiento de la oportuna escritura y su inscripción en el Registro de la propiedad, requisito indispensable este último para que puedan hacerse valer en perjuicio de tercero los derechos ó las acciones

nacidas de la constitución de la hipoteca. Por lo tanto, si con la mera promesa, aun aceptada por el acreedor, no queda ultimado el contrato de garantía porque falta la ejecución ó la parte material del mismo, es decir, la ejecución de lo prometido, lógico y evidente resulta que hasta entonces no pueda producir lo pactado más que una acción personal entre los contratantes para compelerse al cumplimiento de lo convenido.

Lo mismo sucedía en nuestra antigua legislación, pues con arreglo á lo establecido en la ley 1.ª, tít. 11 de la Partida 5.ª, y en la 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, la promesa citada sólo producía también una acción puramente personal.

En virtud de ella, puede obligarse al que prometió la prenda ó la hipoteca, á que cumpla lo prometido constituyendo la garantía ofrecida en la misma forma en que fuere propuesta y aceptada, pero en ningún modo podrá procederse por acción real y con los beneficios de la misma contra los bienes sobre los cuales habría de constituirse la prenda ó la hipoteca.

Puede suceder que el obligado á prestar la prenda ó la hipoteca ofreciere á sabiendas como libres cosas que estuvieren gravadas con anterioridad, ó que fingiéndose dueño de las que no le pertenecen, tratara de defraudar al acreedor ofreciéndolas en prenda ó en hipoteca, y en dicho caso, es indudable que el autor de esa defraudación, á más de las responsabilidades propias del contrato celebrado, incurriría en la responsabilidad criminal correspondiente, conforme á lo establecido en el Código penal; y á esto es á lo que se refiere en su última parte el precepto consignado en el artículo de que nos ocupamos. De este modo no quedará impune el acto punible cometido como exigen los fueros de la justicia y el estricto cumplimiento de la ley.

Concuerda el presente artículo con el 2260 del Código del Uruguay, y con algunos otros, entre ellos el 1900 del de Méjico.

CAPÍTULO II

De la prenda.

Después de consignar el Código en el capítulo anterior las disposiciones comunes á la prenda y á la hipoteca, pasa á establecer en éste y en el siguiente las prescripciones especiales de cada uno de dichos contratos, correspondiendo al presente las relativas al de prenda como demuestra su epígrafe.

La palabra prenda tiene en el orden jurídico distintas acepciones, y en todas ellas ha sido usada con poca fijeza y acierto en la legislación desde el derecho romano, que no la diferenciaba suficientemente de la hipoteca, hasta el derecho moderno anterior á la publicación del Código civil. La impropiedad y la vacilación é inseguridad en el tecnicismo provenía del carácter de las cosas que forman la prenda, vacilación, inseguridad é impropiedad que la misma legislación de Partidas acusaba al decir que «peño es aquella cosa que un ome empeña a otro, apoderandose de ella, e mayormente quando es mueble», con lo que dejábase entender que podían empeñarse las cosas que no fueren muebles, y hasta los inmuebles contra el sentido general y la práctica que las hacía propias de la hipoteca. Esa confusión subsistió hasta la redacción de la ley hipotecaria, en que de una manera expresa y terminante se declaró que sólo podía constituirse la Hipoteca en cosas inmuebles, estableciéndose así una distinción y separación perfecta entre ella y la prenda; distinción que vino á remarcar y fijar aún más el Código citado al disponer que sólo cabe la prenda en las cosas muebles.

Como hemos visto, la ley de Partidas no definió la prenda como contrato, que es el concepto en que aquí la examinamos, sino que aceptó para su definición una de las varias acepciones que hemos dicho tiene en el orden jurídico, pues unas veces se emplea la palabra para designar la cosa dada en garantía de la

obligación principal, otras para significar el derecho mismo del acreedor sobre la cosa pignorada, y otras se usa dicha denominación para expresar también el contrato, en virtud del cual un deudor entrega al acreedor una cosa determinada para garantizar la solvencia de un débito ó el cumplimiento de una obligación.

En el primero de dichos conceptos, es decir, en la acepción de cosa empeñada, es como las Partidas definieron la prenda; pero ya hemos dicho que nosotros como hemos de estudiarla al presente es en el significado que tiene en el orden de la contratación, ó sea como contrato especial de garantía, por cuyo motivo la incluye el Código en este título del mismo consagrado á la reglamentación de los contratos de dicha clase.

Casi todos los Códigos modernos definen la prenda como contrato, ó como derecho constituído á virtud del mismo, pero el nuestro prescinde de toda definición limitándose á regularle como tal contrato. Este es real, porque sus efectos tienen por base la entrega material de la cosa, objeto de la garantía, bien al acreedor, bien á alguna tercera persona ó establecimiento en cuyo poder se deposite la misma para seguridad de las personas en cuyo favor se constituye. Es además accesorio dicho contrato, al igual que el de la fianza, pues no puede nacer ni existir sin una obligación cuyo cumplimiento asegure, ó á la que sirva de garantía.

La prenda en este concepto es una de las instituciones jurídicas más antiguas y más universalmente aceptadas. En efecto; en las leyes de Moisés, encuéntranse preceptos que mitigaban ya el rigor con que los judíos hacían sentir sobre el deudor los efectos de esta garantía. Entre ellas, una ley del Deuteronomio, decía: «No se tomará por prenda la rueda que muele el trigo, pues el que la ofrece empeña su propia vida»; y con no menor espíritu de caridad añadía otra del mismo: «Si el deudor es pobre, que la prenda que os dé no pase la noche en vuestra casa; restituidsela antes de ponerse el sol, para que durmiendo en su vestido os bendiga.»

Entre los griegos no cabe duda de que fué muy conocida dicha institución, pues aunque sólo tuviéramos para juzgar de ello los datos filológicos, no podrían menos de producir pleno convencimiento de ello, puesto que los términos *hipoteca* y *anticresis* que con ella se relacionan demuestran bien claramente su origen heleno.

Entre los romanos fué objeto de especial atención por parte de los jurisconsultos el contrato de prenda como garantía de una obligación principal, y la evolución tan notable por la que pasó desde la *mancipatio* con *fiducia* hasta la hipoteca, revela bien claramente cuán grande importancia tuvo en el derecho de aquel pueblo, que fué la base de muchas de las legislaciones modernas.

En nuestras antiguas leyes encuéntrase regulada la prenda en todos los Códigos sencillamente, pero con naturalidad y justicia, como ha dicho Gutiérrez. En el Fuero Juzgo se encuentra tratada esta materia en el título 6.º, libro 5.º; en los Fueros municipales, en el Fuero Viejo de Castilla y en el Fuero Real se ve reglamentada también dicha institución; y en las leyes de Partidas se desarrolla con amplitud, tomando la materia del derecho romano como en casi todas las demás instituciones, y ya desde el Código formado por las leyes alfonsinas ha sufrido muy pocas variaciones este contrato, pasando casi íntegra la doctrina á la moderna legislación.

El Código civil, teniendo en cuenta las grandes semejanzas que existen entre los contratos de prenda y de hipoteca dedicó, como hemos visto, un capítulo especialmente á caracterizarlos señalando sus requisitos esenciales, y la distinción entre uno y otro por lo que se refiere á sus caracteres especiales ó no comunes, es cosa fácil en la actualidad, toda vez que por la ley Hipotecaria y además por el Código civil ha quedado determinada con toda claridad la naturaleza y materia de cada uno de dichos contratos.

Esa distinción no ha existido siempre, pues, según queda ya dicho, se confundían ambas instituciones en el derecho roma-

ne, confusión que pasó á nuestras leyes á traves de las Partidas, en las que se designaba á las dos con el común nombre de *peño*.

Explicando el jurisconsulto Gayo la razón y el fundamento de dicha denominación, decía que la palabra *pignus* venía de *pugno*, porque las cosas que se daban en garantía ó en prenda se entregaban con la mano. Esta etimología podría hacer creer que sólo las cosas muebles se daban en prenda en dicha legislación; pero no era así, como lo hizo notar Marciano, el cual afirmaba que la diferencia entre prenda é hipoteca sólo consistía en el sonido del nombre. En efecto, idénticas disposiciones regían para la prenda que para la hipoteca, y la única diferencia que existía era que en la primera el acreedor tenía la posesión material de la cosa entregada en garantía, mientras que en la hipoteca no sucedía así. Pero fuera de esa diferencia todo lo demás era igual, y lo mismo podían ser objeto de prenda y de hipoteca, tanto las cosas muebles como las inmuebles, y aun las incorpóreas con algunas excepciones.

En las leyes de Partida se observaba la misma confusión, declarándose en la 2.ª del título 13 de la Partida 5.ª que: «empeñar se puede toda cosa quier sea nascida é por nascer..... tambien las corporales como las que no lo son»; pero no hemos de insistir más en estas indicaciones históricas, pues á partir de la ley Hipotecaria, quedó bien esclarecida y determinada la materia propia de uno y otro contrato, y más aún ha venido á disipar toda duda el Código civil, distinguiéndose perfectamente por razón de los bienes que pueden ser objeto de los mismos, pues, por disposición expresa de dichos cuerpos legales, la hipoteca sólo puede constituirse sobre cosas inmuebles y la prenda necesariamente ha de recaer en bienes muebles.

Diferéncianse también, según tenemos indicado ya al estudiar los disposiciones del capítulo anterior, en que en el contrato de prenda la cosa pignorada, ó dada en garantía, sale de poder del dueño para quedar en manos del acreedor ó de una tercera persona ó establecimiento, mientras que en la hipoteca

la finca hipotecada permanece en poder del dueño, el cual no se despoja en lo más mínimo de su posesión.

Se diferencian también ambas instituciones por el modo de constituirse, pues la prenda puede tener lugar por cualquiera de los modos por los que se constituyen todos los contratos—si bien no surtirá efectos en cuanto á tercero, si no consta con toda certeza en instrumento público la fecha de su constitución—, la hipoteca, por el contrario, sólo es susceptible de constituirse mediante documento público, y no surtirá efecto si no está inscrito en el Registro de la propiedad dicho título, conforme á las prescripciones de la ley Hipotecaria; diferencia ésta nacida de la mayor publicidad que debe tener la hipoteca por quedar la cosa hipotecada en poder del dueño, y no ser, por lo tanto, ostensible su afección.

Las indicaciones que preceden bastan para poder determinar el verdadero concepto de la prenda como contrato, cuya determinación ha de servirnos de base para el estudio de las disposiciones que comprende este capítulo.

En efecto; de cuanto dejamos expuesto resulta, que la prenda en el concepto en que la examinamos, es un contrato accesorio, real y unilateral, celebrado en garantía de una obligación anterior y perfecta, mediante el que el deudor entrega al acreedor ó á tercera persona, una cosa mueble para garantizar con ella el cumplimiento de una obligación determinada, cumplida la cual, deberá restituirse al deudor la cosa pignorada con sus frutos y accesiones.

Es un contrato real porque, según hemos dicho, se perfecciona por la entrega de la cosa que ha de servir de garantía y esencial es en él dicha entrega, que sin ella sólo existiría la obligación de constituir la prenda como ha afirmado un autor, es decir, existiría otro contrato que sería distinto del de prenda, el cual, no puede existir sin la entrega material de la cosa pignorada, requisito esencial dada la naturaleza del contrato.

Es además unilateral porque sólo produce la obligación por parte del acreeder de devolver la cosa recibida en prenda,

una vez cumplida la obligación principal garantizada con ella.

Es también accesorio, pues no puede subsistir si una obligación principal á la cual sirva de garantía, y extinguida la cual quedará extinguido también el contrato de prenda. Esa obligación basta que sea válida para que pueda ser asegurada con la prenda sin necesidad de ningún otro requisito y cualquiera que sea el título de que se derive, siendo, por lo tanto, indiferente que la obligación principal tenga el carácter de *mixta* ó que sea meramente *natural*, con tal que no esté prohibida por la ley, y lo mismo que sea *pura, condicional* ó *á plazo.*

Réstanos indicar que, siendo la prenda un contrato puramente subsidiario, sólo en el caso de incumplimiento de la obligación principal, será cuando haya de hacerse efectiva la accesoria de la prenda, extinguiéndose ésta si aquélla se extingue y sufriendo en suma la influencia de las vicisitudes que á su vez sufra dicha obligación principal.

ARTÍCULO 1863

Además de los requisitos exigidos en el art. 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, ó á un tercero de común acuerdo.

Además de los requisitos esenciales, comunes á la prenda y á la hipoteca, expuestos en el art. 1857, es indispensable, para que se considere constituída legalmente la prenda, que se ponga en posesión de la cosa pignoraticia al acreedor, en cuyo favor se constituye la garantía, ó á un tercero de común acuerdo. Este es un requisito esencialísimo y peculiar de la prenda sin el que no puede estimarse celebrado ó ultimado el contrato, pues precisamente en esa entrega consiste la garantía que el mismo supone. Por lo tanto, para que quede perfecto el contrato de prenda es indispensable la entrega citada, que á su vez es lo que caracteriza de real dicha convención.

Ese requisito se estimó indispensable desde los tiempos de la

primitiva legislación romana, y de ella pasó á las leyes de Partidas (1), que constituían el derecho vigente en la materia á la publicación del Código civil. Á pesar de ser esa exigencia de nuestra ley una consecuencia necesaria del carácter real de dicho contrato, no ha sido universalmente reconocido como esencial y preciso el requisito de la tradición ó entrega al acreedor de la cosa pignorada, pues hay legislaciones en que la prenda no siempre pasa á poder del acreedor. Así sucede en la de Dinamarca con la especie de prenda que se llama *conferida* y en el Código de Zurich; pero el nuestro, siguiendo la tendencia general contraria, y conformándose con la regla tradicional en nuestro antiguo derecho, así como con la doctrina establecida por la mayoría de los Códigos extranjeros, exige la tradición de la cosa en que consiste la garantía prendaria.

Sin esa entrega no pueden producirse los efectos propios y especiales de la prenda, y entre ellos el derecho concedido al acreedor en el art. 1866 para retener la cosa dada en prenda hasta que se le pague el crédito, ni la obligación impuesta al mismo por el art. 1867, respecto del cuidado y conservación de aquélla, y hasta tanto que se lleve á cabo la tradición, no surtirá el contrato más efectos que los de la mera promesa, determinados en el art. 1862, ó sea la concesión de una acción puramente personal á los contratantes para compelerse al cumpliento de lo convenido, sin perjuicio de las responsabilidades criminales en que hubiere podido incurrir el que debió constituir la prenda, sino pudo realizarlo por haber ofrecido en prenda como cosa propia lo que no le pertenezca, ó como libre cosa de que no pudiera disponer libremente por estar embargada con anterioridad por otras responsabilidades.

Por eso hemos dicho que la prenda era un contrato real, no causándose las consecuencias jurídicas del mismo hasta que tiene lugar la entrega de la cosa empeñada.

No pueden encontrarse verdaderos precedentes de este ar-

---

(1) V. Ley 1.ª, tít. 13 de la Partida 5.ª

tículo en las antiguas legislaciones, porque, como hemos indicado en las consideraciones expuestas en la introducción al estudio de las prescripciones de este capítulo, casi hasta nuestra época, ó mejor dicho hasta la ley Hipotecaria, se han visto confundidas la prenda y la hipoteca, y especialmente en el derecho romano era tal esa confusión, que puede decirse no existía diferencia alguna entre ellas.

El pretor Servio fué el primero que dió algún paso en dicha legislación en favor de la debida distinción entre una y otra de dichas instituciones, y sabido es también que dicho pretor, para evitar la confusión producida por la prenda de los inmuebles, concedió á los dueños de fincas el dar en prenda, no el fundo, sino los útiles y demás aperos destinados á la agritultura, pudiendo por medio de la acción *serviana* vindicarlos de los terceros poseedores. Siguiendo la senda emprendida por Servio, los pretores que le sucedieron crearon en beneficio de todos los acreedores la acción *cuasi serviana*, germen de la acción hipotecaria, consiguiéndose con esto diferenciar de modo concluyente ambos conceptos jurídicos, y por lo tanto, los contratos en que había de constituirse una y otra de dichas garantías.

Según el Sr. Pedregal, el alcance del precepto contenido en el artículo que examinamos, «es muy grande y beneficiosas para el crédito agrícola sus consecuencias, pues las cosechas separadas del fundo que las produce son cosas muebles, y desde el momento en que el labrador, constituyéndolas en prenda, pueda garantizar con ellas el pago de las deudas que contraiga por razón del cultivo ó de alguna industria agrícola, se facilitarán notablemente los préstamos, y teniendo los acreedores en sus propias manos el medio de reintegrarse de sus anticipos con las mismas cosechas, desaparece todo riesgo y disminuirá el interés en proporción.»

Confirma la doctrina expuesta la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 4 de Noviembre de 1898, en la que se establece la regla de jurisprudencia de que *no se cumple* el requisito exigido por el art. 1863 del Código civil, cuando la cosa dada en

prenda existe en poder del deudor y no del acreedor ó de un tercero ajeno al contrato.

Concordancias.—El presente artículo concuerda con el 2071 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2261 del del Uruguay, con el 1987 del de Guatemala, con el 558 del de Portugal, con el 2386 del de Chile, con el 2260 del de Veracruz-Llave, con el 3204 del de la República Argentina, con el 1196 del de Holanda, con el 1899 del de Méjico, con el 1776 del de la Baja California y con algunos otros, en todos los cuales se exige, como en nuestro Código, la tradición ó la entrega de la cosa para la perfección del contrato. Sin embargo, este requisito no está tan universalmente reconocido que excluya toda excepción, pues por el contrario, hay algunas legislaciones en que la prenda no pasa siempre á poder del acreedor, como sucede en la de Dinamarca con la especie de prenda llamada *conferida,* y encontramos también ejemplo de ello en el Código de Zurich; pero en la generalidad de los Códigos se ha exigido y se exige como requisito propio y peculiar de la prenda, derivado de su propia naturaleza, la indicada tradición.

ARTÍCULO 1864

Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión.

I. *Inteligencia y fundamento de este artículo.*—El precepto contenido en el presente artículo, aunque es una consecuencia jurídica de disposiciones anteriores del Código, en cuyas prescripciones se halla implícitamente comprendido, no huelga sin embargo, sino que, por el contrario, era necesaria y conveniente su especial y expresa determinación para disipar las dudas y la confusión resultante de nuestras antiguas leyes, según las que podían ser objeto de prenda lo mismo los bienes muebles que los inmuebles, los corporales que los incorporales.

Conocida es la separación que en el derecho moderno ha ve-

nido y viene estableciéndose entre la prenda y la hipoteca, ó entre la garantía constituída sobre una y otra de dichas clases de bienes, y por lo tanto, para la debida perfección de la teoría, y para el esclarecimiento de la doctrina había de ser de gran utilidad una disposición clara y precisa, consagrada á determinar las condiciones y circunstancias que deben reunir los bienes sobre que puede recaer el contrato especial que examinamos, con tanto más motivo, cuanto que la naturaleza especial de dichos bienes es uno de los conceptos ó una de las razones diferenciales que distinguen dicho contrato del de hipoteca y de la anticresis. He aquí la razón jurídica del precepto contenido en este artículo.

Establécense en él los requisitos especiales del contrato de prenda en cuanto á la materia del mismo, ó sea en cuanto á los bienes que pueden ser objeto de este contrato, y en tal concepto se exige:

1.º Que dichos bienes sean muebles.

2.º Que se hallen en el comercio de los hombres; y

3.º Que sean susceptibles de posesión.

De cada uno de dichos requisitos debemos ocuparnos por separado.

a) El primero de ellos es que pertenezcan á la condición de muebles los bienes que se den en prenda, y tal requisito se exige porque precisamente esto es lo que distingue al presente contrato de los otros de garantía, de que se ocupan los capítulos siguientes, y lo que constituye la posibilidad de su especial naturaleza, pues sin la circunstancia esencialísima de ser muebles los bienes objeto de la prenda, se privaría á dicho contrato de su principal garantía, la cual estriba en que la cosa dada en prenda salga de manos de su dueño y pase á las del acreedor ó de un tercero previamente designado.

Ya nos hemos ocupado de esto antes de ahora, y no es necesario insistir en ello repitiendo conceptos que tenemos emitidos, limitándonos á indicar que, según la división de las cosas, en el derecho moderno, la palabra «muebles» comprende hoy los bie-

nes que, según la teoría romana y nuestro antiguo derecho, se llamaban semovientes, debiendo ser extensivo á unos y otros el precepto del artículo, toda vez que la ley no distingue entre los mismos ni hay razón alguna que impida el que los semovientes puedan ser objeto de prenda.

Esta cuestión tiene verdadero interés en las comarcas ganaderas, en las que, según dice un autor, es de gran uso el *derecho de prenda* sobre los ganados que hacen daño en las mieses ó traspasan las lindes de algún pasto, hasta que se indemniza al propietario perjudicado ó se satisface el importe del perjuicio inferido con tal motivo: derecho reconocido en la mayoría de los fueros municipales y en la legislación general de la Edad Media. Pero en tales casos ese *derecho de prenda,* que más propiamente debería llamársele *derecho de retención,* no deriva de la convención, sino de la ley, y no constituye dicha prenda el contrato especial objeto de nuestro actual estudio, sino una garantía determinada concedida al acreedor por los perjuicios producidos, ya sea dicho acreedor un propietario particular ó todo el vecindario de un pueblo.

Estimando comprendidos en el concepto *muebles* los bienes antes llamados semovientes, el alcance de la disposición que examinamos es grande y de consecuencias beneficiosas, no sólo para el fomento de la ganadería, sino también para el crédito agrícola en general, pues siendo susceptibles de prenda los ganados, ó pudiendo constituirse sobre ellos dicho contrato, es indudable que desde el momento en que el propietario puede garantizar con ellos las deudas que necesite contraer, ya para el desenvolvimiento de la ganadería, ya para cualquiera otra de las distintas manifestaciones de la industria agrícola, se han de facilitar mucho los préstamos destinados á dichos fines, y teniendo los acreedores en su propia mano el medio de reintegrarse de sus anticipos con la venta en su caso de los ganados dados en prenda, desaparece todo riesgo, disminuyéndose en proporción el interés de los mismos. Cierto es que la realización de esto exige condiciones especiales, que podrán dificultar por el pronto la

consecución de tales resultados; pero no es difícil vencer esas dificultades, especialmente por lo que se refiere á la industria ganadera.

b) Más justificada aún resulta la exigencia del segundo de los requisitos mencionados, pues con ello no se hace otra cosa que aplicar á este contrato determinado el principio establecido con carácter general para todos por el precepto del art. 1271, según el que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, estableciéndose la excepción indicada respecto de las que se hallasen fuera de dicho comercio por las razones que expusimos al comentar el citado artículo, á cuyo comentario nos remitimos, como ampliación de lo dicho, toda vez que lo consignado entonces tiene ahora perfecta oportunidad para la explicación de esta exigencia de la ley.

Hallándose prohibida por ésta toda convención que tenga por objeto cosas excluídas del comercio de los hombres, es evidente que el de prenda que se otorgara respecto de cosa que se hallase en dichas condiciones, sería nulo con arreglo al artículo 4.º de este Código. Por eso se exige, para evitar dicha nulidad, que los bienes que hayan de ser entregados en prenda, además de tener la condición de muebles, se hallen dentro del comercio de los hombres.

Constituirá esto una redundancia, ó, si se quiere, una disposición innecesaria, puesto que por el precepto general del artículo 1271 estaba impuesto ese requisito; pero en materia de precauciones legales lo que abunda no daña, y no resulta inconveniente la reproducción de dicho principio con motivo de la prenda, para que no pudiera nunca llegarse á creer que la voluntad de las partes contratantes pudiera prescindir de la limitación indicada en dicho art. 1271, por la razón de que, tratándose de una garantía en favor del acreedor, la voluntad de éste debiera bastar para fijar lo que pudiera ser objeto de la prenda, por ser el único interesado en la eficacia de la misma.

Ante esta consideración surge la no menos potente de que

pudiendo darse lugar á una nulidad por el desconocimiento ó la infracción del principio general antes indicado que privara de virtualidad á la garantía prestada, la ley debe prevenirla y evitarla en interés del acreedor prendario, como así lo hace con la disposición que examinamos, siendo este el fundamento jurídico de la misma.

c) El tercero de los requisitos exigidos por el presente artículo es una consecuencia también de la condición real del contrato de prenda, pues, como tenemos ya dicho, éste se perfecciona por la entrega de la cosa pignoraticia, ó que haya de constituir la garantía prendaria. Por lo tanto, es preciso que sean susceptibles de posesión los bienes objeto de ella, porque ha de darse posesión de los mismos al acreedor.

Todos los autores están conformes, y también lo confirma nuestra legislación, en que para considerar constituída la prenda es preciso que la cosa objeto de la misma pase á manos del acreedor ó de una tercera persona especialmente designada, desprendiéndose desde luego de la posesión de la misma el pignorante, condición que distingue la prenda de la hipoteca, en la cual no sale de poder del deudor la cosa sobre la que se ha constituído la garantía que asegura el crédito del acreedor.

Sin embargo, este requisito no es de tan general reconocimiento como los anteriores, pues hay legislaciones en que la prenda no pasa siempre á poder del acreedor, como sucede en la de Dinamarca con la especie de prenda denominada *conferida*, y en el Código de Zurich, según tenemos ya indicado; pero nuestro derecho, lo mismo el antiguo que el moderno, inspirándose en la tendencia general de casi todas las legislaciones extranjeras, exige la tradición como elemento esencial de la perfección del contrato, con lo que, en unión de los otros requisitos indicados, ha venido á completarse el concepto jurídico de la prenda como el contrato por el que el deudor transmite á su acredor la posesión de una cosa mueble para seguridad de su deuda hasta el momento en que ésta fuere satisfecha.

Es de advertir que por virtud de dicha tradición, el acreedor

entra desde luego en posesión de la cosa pignorada aunque haya pasado á poder de un tercero por acuerdo de las partes, pues éste posee para aquél en nombre y representación del mismo.

Relacionada con la tenencia por el acreedor ó por un tercero de la cosa dada en prenda, se ha suscitado por los tratadistas é intérpretes de nuestro derecho la cuestión de si pignorada una cosa mueble á un acreedor puede pignorarse de nuevo á otro distinto sin el consentimiento del primer acreedor, y fundándose algunos en que siendo esencial en este contrato el requisito de la tradición, entienden que no es posible que éste se cumpla toda vez que la cosa pignorada ha salido ya de poder del deudor y ha pasado á la posesión del acreedor como garantía especial de su crédito. Otros distinguen según que el valor de la misma sea ó no suficiente para asegurar los dos créditos, y, tanto en el caso de que no medie el consentimiento del primer acreedor como en el de ser insuficiente su valor para la garantía de los dos créditos, estiman que el deudor viene obligado á dar otra prenda equivalente al segundo acreedor para su respectiva seguridad, conforme á la doctrina establecida por las leyes 10, tít. 13 de la Partida 5.ª, y 9.ª, tít. 19 del libro 3.º del Fuero Real, que á su juicio no se halla en contradicción con la sancionada por el Código civil.

Entendemos infundada esta opinión, pues á ella se oponen los términos del art. 1863, el cual se apartó por completo del criterio mantenido por la ley 7.ª del tít. 13 de la Partida 5.ª, que permitía al que tenía derecho á alguna cosa mueble ó sobre ella pignorarla aunque no tuviese el señorío de la misma, exigiendo, por el contrario, el requisito de la posesión y la transmisión de la cosa pignoraticia como condición precisa para la validez y eficacia de la prenda. Si el pignorante de una cosa se ha desprendido de la posesión de la misma en favor del primer acreedor prendario, no puede empeñarla de nuevo, porque no puede transmitir al segundo acreedor dicha posesión aunque conserva el dominio de la cosa pignorada, si bien con la limitación de dicha posesión.

En la práctica se suele burlar el rigor de la ley entregando en lugar de la cosa empeñada el resguardo de la primitiva pignoración; pero entonces lo que se da como garantía, no es la cosa pignoraticia, sino el derecho á rescatarla, mediante el pago del crédito para cuya seguridad se entregó en prenda; y en realidad no existe en dicho caso un verdadero contrato de prenda, porque éste no puede versar sobre cosas incorporales.

Por la misma razón ya expuesta, dejamos de ocuparnos de otras cuestiones que promovían los tratadistas en el anterior estado legal con motivo de la inteligencia de las leyes 13, 14, 17, 27, 32, 34 y 46 del tít. 13 de la Partida 5.ª, respecto de los casos en que una misma cosa se empeñara á dos ó tres acreedores distintos, ó que se vendiera á un tercero después de empeñada, pero antes de ser entregada al acreedor, ya se constituyera la prenda bajo condición ó á plazo, etc., etc. Todas esas cuestiones que tanto dividieron á los jurisconsultos, no tienen hoy interés práctico, y, por lo tanto, debemos prescindir de ellas.

Discutíase también dentro de nuestro antiguo derecho, si podía ser empeñada una cosa por el que no fuera dueño de ella, creyéndola suya de buena fe ó á sabiendas de que era ajena. Algunas leyes trataban de ello, como la 15 y 32 del título y Partida antes citados, pero después de la promulgación del Código civil, no cabe ocuparse de dicho caso ni de los efectos que en el orden jurídico pudieran surtir, pues con arreglo al núm. 2.º del artículo 1857 del mismo, además de los requisitos especiales consignados en los artículos 1863 y 1864, ha de concurrir en la prenda el de que la cosa pignorada *pertenezca en propiedad al que la empeña*, y por lo tanto, el contrato de cosa ajena con ó sin buena fe por parte del pignorante sería contrario á derecho, en cuya virtud no podría producir efecto alguno.

II. *Concordancias.*—El artículo que acabamos de examinar concuerda con el 2072 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1878 del de Italia, con el 856 del de Portugal, con el 2259 del del Veracruz-Llave, con el 1983 del de Guatemala, con el 2253 y 2259 del del Uruguay, con el 1196 al 1199 del de Holanda,

con el 3211 del de la República Argentina, con el 1893 del de Méjico, con el 2384 del de Chile, con el 448 del de Austria y con algunos otros.

ARTÍCULO 1865

No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha.

Este artículo, cuyo precepto no existía en nuestro antiguo derecho, responde á la necesidad de que no se turben las relaciones ni los estados de propiedad de las cosas con contratos de prenda ocultos ó simulados, de la misma manera y por idénticas razones que se tuvieron en cuenta por la legislación hipotecaria para suprimir las hipotecas tácitas y legales que tanta perturbación producían en la propiedad inmueble.

Dados los efectos del contrato de prenda, fácilmente se comprende que sin esa garantía exigida por la ley, podría darse el caso de que un deudor de mala fe desde que viera en peligro de ejecución sus bienes muebles, intentara sustraerlos de la acción de la justicia y de la persecución de sus acreedores, simulando, con criminales confabulaciones, anteriores y fraudulentas alteraciones en su posesión por medio de fingidos contratos de esta naturaleza; y con objeto de evitar é impedir tales abusos, casi todos los escritores extranjeros aconsejaron que para la eficacia de la prenda se exigiera como condición precisa que se otorgase en todo caso el contrato por instrumento público, pues de otro modo se haría difícil la determinación de su fecha, y más difícil aún su prueba, aun en el caso de que se celebrase ante testigos en razón á la dificultad con que habría de tropezarse para encontrar aquellos ante quienes se llevase á efecto.

Nuestro Código no ha llegado á tanto, pues no exige de una manera expresa que en todo caso se constituya ó se formalice la prenda por instrumento público, ni aun siquiera por documento privado, sino sólo el que conste la certeza de la fecha en la primera de dicha clase de instrumentos para que pueda surtir efec-

to *contra tercero;* y á falta de disposición expresa de la ley, en los casos en que no exista pacto imponiendo el otorgamiento de escritura pública, habrá de estarse á la regla general, y especialmente á la establecida en el párrafo último del art. 1280, según el que deben hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los contratos no comprendidos en los casos anteriores de dicho artículo, en que la cuantía de las prestaciones de uno ó de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.

La prenda puede constituirse, por lo tanto, en cualquiera forma como los demás contratos, y la formalizada así será válida y producirá sus naturales y legítimas consecuencias en el orden jurídico en cuanto á las partes contratantes y á los causahabientes de las mismas; pero no surtirá efecto respecto de tercero si no consta por *instrumento público* la certeza de su fecha, por cuyo medio ha tratado el legislador de hacer imposibles las fraudulentas confabulaciones que antes indicábamos como posibles en otro caso.

Es decir, que la ley, lo que ha querido con el precepto que examinamos, es imponer la existencia, no sólo de un medio probatorio, auténtico y eficaz de la constitución de la prenda, sino también de una seguridad de su certeza y de la verdad de la prenda para evitar fraudes y perjuicios á los acreedores, provenientes de la mala fe del deudor; algo así, como la inscripción de la hipoteca en el Registro de la propiedad, según ha dicho un autor, aunque con menos garantías que ésta.

Algunos autores censuran la limitación de los términos del artículo en cuanto no exige idéntica expresión respecto de las demás circunstancias esenciales del contrato, sosteniéndose por los mismos la necesidad, ó cuando menos la conveniencia de que se hiciera constar en el instrumento público principalmente la deuda para cuya seguridad se constituye la prenda, la fecha del compromiso, la designación de la cosa pignorada, el plazo por el que se contrae la obligación accesoria, con todas las demás estipulaciones que constituyan la esencia del contrato; pero esto quien ha de imponerlo no es la ley, sino el interés particular,

que es á quien afecta únicamente y por la misma razón habría que exigir igual determinación en todos los contratos.

Al legislador lo único que podía interesar é incumbir en este caso era impedir ó hacer imposible la simulación y el fraude suponiéndose en perjuicio de tercero la existencia de prendas fraudulentas, y para dicho fin basta con que conste en instrumento público *con toda eerteza* la fecha de su constitución. Otra cosa sería atentar al principio de libertad en que se inspira la contratación en el derecho moderno, imponiendo trabas á la misma con la exigencia del otorgamiento en todo caso de la escritura pública, que si bien constituye una atendible y justa aspiración, no puede, sin embargo, sobreponerse ésta á la voluntad y á la independencia de los contratantes.

Por lo tanto, el que quiera constituir la prenda por documento privado ó verbalmente si las prestaciones de las partes no pasaren de 1.500 pesetas, podrá hacerlo válidamente; pero no perjudicará á tercero el contrato celebrado mientras no se cumpla el requisito del otorgamiento de la escritura pública á que se refiere el presente artículo.

Otra razón existe que justifica el precepto que nos ocupa. En efecto; del contrato de prenda surge la prelación establecida en el núm. 2.º del art. 1922, respecto de los créditos garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor sobre la cosa empeñada hasta donde alcance su valor, cuya preferencia puede ser opuesta á terceros, y para que éstos no sean perjudicados, es necesario que conste de una manera auténtica, indubitada y fehaciente, la fecha del contrato y que ésta sea cierta, á fin de excluir hasta la mera posibilidad de fraude y de colución entre el acreedor detentador de la prenda y el deudor propietario de ella.

Concordancias.—Expuesto ya el recto sentido y el alcance del precepto que comentamos, réstanos indicar algunas de sus principales concordancias. Dicho precepto concuerda con el art. 2074 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1880 del de Italia y con el 1905 del de Méjico, en el que, confundiendo el contrato con el derecho de prenda, impropiamente se establece que «el de-

recho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra tercero, si no consta por instrumento público»; pero es de advertir que en dicha legislación, según el art. 1904 del expresado Código, la prenda debe constituirse en escritura pública ó ante tres testigos si el valor de la obligación asegurada con ella pasa de 300 pesos.

Concuerda también el artículo objeto de este comentario con el 858 del Código de Portugal, con el 3217 del de la República Argentina, con el 2093 del de Bolivia, con el 3125 del de la Luisiana, con el 1559 del de Vaud, con el 1986 del de Guatemala, con el 2262 del de Veracruz-Llave, con el 1788 del de la Baja California y con algunos otros, cuya exposición estimamos innecesaria, que abundan en los mismos principios ya indicados.

ARTÍCULO 1866

El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder ó en el de la tercera persona á quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda á la seguridad de la segunda deuda.

I. *Fundamento de este artículo.*—Todos los autores califican de unilateral el contrato de prenda, porque de su naturaleza propiamente no se deriva más que una obligación y un derecho correlativo, á saber: la obligación de parte del acreedor de devolver la cosa pignorada cuando se halle satisfecho el débito garantido con ella, y un derecho que corresponde al deudor para reclamar en tal caso dicha devolución; estimándose generalmente por la doctrina, que las demás consecuencias jurídicas á que puede dar lugar dicho contrato no son parte esencial de su contenido, ni resultado necesario de su naturaleza, sino que

se originan por su ocasión, y, como dice el Sr. Sánchez Román, tienen *su causa de deber y su razón de pedir en otros hechos cuya existencia, cuantía y efectos son de todo punto variables.*

No estamos en absoluto de acuerdo con dicha teoría, pero, cualquiera que sea el fundamento de la opinión indicada, es lo cierto que el contrato de prenda por sí, concreta y aisladamente considerado con independencia de los demás pactos que pueden incorporarse ó adicionarse al mismo, produce por su propia naturaleza, como todo vínculo jurídico, determinados efectos con relación á ambas partes contratantes, si bien por la especial índole de esta convención son mayores en número los que surgen respecto del acreedor que los que se refieren al deudor.

El artículo que hemos de examinar ahora, es el primero de los consagrados á la determinación y regulación del primer grupo de los efectos de la prenda, ó sea de los derechos y deberes que de dicho contrato se derivan con relación al acreedor prendario, y su precepto no es nuevo, porque las mismas disposiciones encontramos en la ley 22, tít. 13, de la Partida 5.ª, que, aun cuando pudieran parecer perjudiciales en cierto modo al deudor en cuanto al caso de segunda deuda, se fundan en la presunción lógica de que el acreedor no pidió una nueva prenda por considerar suficiente la primera para responder de los dos créditos.

Dos son los preceptos que comprende dicho artículo. Uno consignado en su párrafo 1.º, en el que se sanciona uno de los principales efectos del contrato de prenda, ó sea el derecho concedido al acreedor para retener en su poder la cosa pignorada, ó en el de la tercera persona á quien se hubiere hecho la entrega de ella, hasta que se le pague el crédito; y otro, sancionado en el párrafo 2.º, en el que expresamente se autoriza la prórroga ó continuación de dicha retención después de satisfecha la obligación principal si antes de su satisfacción hubiere contraído el deudor una nueva deuda con el mismo acreedor, exigible antes de haberse pagado la anterior.

El primero de dichos preceptos, y el efecto jurídico determi-

nado por el mismo, es una precisa consecuencia del objeto y fin de la prenda. En efecto, si por virtud de dicho contrato se entrega al acreedor la cosa pignorada ó se deposita ésta en poder de un tercero de acuerdo con él para que le sirva en ambos cacasos de garantía ó de seguridad de un crédito determinado, es indudable que no se cumpliría el fin y el objeto de la prenda si la cosa pignorada fuera devuelta antes de la realización de dicho crédito, porque entonces se le privaría de la garantía y de la seguridad constituída por la cosa empeñada. Por lo tanto, es preciso que la retención subsista hasta que se haya hecho el pago de la deuda, porque hasta entonces no desaparece la razón de ser ó el fundamento legal de la misma.

Basta esta ligera indicación para la recta inteligencia de dicha declaración de la ley, por lo que no insistimos más sobre ello.

El precepto contenido en el segundo párrafo del presente artículo, hemos dicho ya que se funda en una presunción racional y verosímil; pero la disposición del mismo ha sido impugnada por gravosa para el deudor, y más aún para los terceros acreedores á quienes, dicen, pueden originarse perjuicios considerables con la prórroga, que autoriza, de la cosa pignorada en garantía del primer crédito.

Dicho precepto no es nuevo en nuestro derecho, según hemos indicado al principio. En efecto, trae su origen de la legislación romana (1), la cual imponía una excepción inadmisible hoy dentro del concepto de la prenda aceptado por nuestro Código, la del caso en que el deudor enajenaba ó volvía á empeñar la prenda á otro, pues entonces, si el comprador ó el nuevo acreedor prendario quería pagar la primera deuda, cesaba el derecho de retención por la segunda. Las Partidas (2) copiaron la disposición romana hasta con la misma excepción; y teniendo en cuenta estos antecedentes el Proyecto de Codigo de 1851, con-

(1) V. Ley única, tít. 27, libro 8.º, del Código.
(2) V. Ley 22, tít. 13, de la Partida 5.ª

signó en su art. 1779 una disposición idéntica á la del párrafo segundo del que examinamos.

Comentando García Goyena el artículo citado de dicho Proyecto de Código, entendía, como nosotros entendemos, infundada la oposición hecha á la disposición trasladada al mismo, porque en realidad, no sufre agravio ni perjuicio alguno el deudor con esa prórroga del derecho de retención. Y así es, en efecto, como brevemente hemos de demostrar.

Dos son, según los términos del precepto, los casos que pueden ocurrir, á saber:

1.° Que se haya estipulado la sujeción de la cosa pignorada á la seguridad de la segunda deuda; y

2.° Que no se haya establecido tal sujeción al contraer el débito posterior.

En el primer caso no puede haber duda ni vacilación alguna. Es una nueva prenda sobre la misma cosa, ó una ampliación de la primera la que se establece, y, por lo tanto, es indudable el derecho del acreedor á retener la garantía hasta el cumplimiento de la obligación asegurada con la misma. Y en la segunda hipótesis ocurre lo mismo, porque siendo exigible la deuda posterior antes que la primera, nadie puede privar al acreedor del derecho que le asiste para cobrar su crédito de cualesquiera bienes del deudor dirigiendo su acción para la efectividad del mismo contra aquellos que estime más convenientes y entre ellos contra los dados en prenda. No existe más diferencia que la retención, en vez de ser judicial, es particular, pero para el deudor, el resultado es el mismo, y además no puede reclamar con justicia que le sea devuelta la prenda sin pagar todo lo que debe, porque no tiene ningún derecho á excluir ó liberar ninguno de sus bienes de la satisfacción de sus deudas, ni para limitar el derecho del acreedor respecto de determinados bienes. Si todos ellos responden de sus deudas, ningún perjuicio se le infiere con que queden sujetos al pago después de extinguida la primera obligación, puesto que no se trata de un crédito por vencer, sino ya vencido, que puede ser exigible an-

tes de que queden libres esos bienes de las responsabilidades propias de la prenda.

Pero se dirá, quizás, que si bien al deudor no se infiere ningún agravio, puede, sí, causarse perjuicio á los terceros acreedores que tuvieren derechos anteriores á la segunda deuda. Así lo ha entendido un comentador del Código (1), fundándose para estimarlo así en que, según la disposición citada, el nuevo contrato celebrado por el deudor, en cuya virtud contrae la segunda deuda, retrotrae sus efectos á la fecha del primero en que se constituyó la prenda, y retrotrayendo dichos efectos en la forma indicada, se hace el acreedor de condición preferente á los demás en cuanto al valor de la cosa pignorada, toda vez que por dicha retroacción adquiere una prenda sobre ella.

Tal es en síntesis el argumento aducido en apoyo de dicha opinión; pero el error que se padece es bien notorio, porque ni existe la retroacción que se supone, ni se hace de mejor condición el segundo crédito del acreedor prendario, pues si bien éste goza de prelación, en cuanto á la cosa empeñada, hasta donde alcance su valor, esta preferencia es tan sólo para los créditos *garantizados especialmente* con la prenda, según el núm. 2.º del art. 1922, en cuyo caso no se encuentra la segunda deuda contraída por el deudor pignoraticio, cuando no se ha sujetado expresamente en el nuevo contrato á la seguridad de ella la cosa empeñada anteriormente.

En efecto; la prórroga del derecho de retención no constituye una ampliación de la primitiva prenda ó del contrato en que se estableciera, ni tampoco una garantía especial impuesta sobre los bienes de dicha prenda en favor del segundo crédito, y no estando garantido éste con la indicada prenda, no es cierto que adquiera la condición preferente que se dice, ni prelación alguna sobre los terceros acreedores en cuanto al citado crédito. Así es que en concurrencia con ellos no puede alegar preferencia respecto de los bienes pignorados más que hasta donde al-

(1) V. D. Leon Bonel, obra citada, tomo 4.º, pág. 865.

cance la primera deuda, que fué la garantida especialmente con la prenda; y en cuanto á la segunda, se sujetará á las reglas comunes de la clasificación y prelación de créditos.

El derecho de retención, en suma, no es más que un medio concedido por la ley al acreedor prendario en el caso de segundo débito, para evitar que el deudor sustraiga de su nuevo compromiso los bienes pignorados, cuando no se establezca la sujeción de los mismos á su cumplimiento; pero de ningún modo constituye una nueva prenda ó una garantía especial sobre tales bienes, y, por lo tanto, no puede tener aplicación en dicho caso la disposición del núm. 2.° del art. 1922 antes citado.

Esto mismo viene á establecer de una manera expresa y terminante el Código de Méjico en su art. 1916.

Réstanos indicar que para surtir efecto la disposición citada son necesarios dos requisitos indispensables: 1.°, que la segunda deuda sea exigible antes que la asegurada con la prenda; y 2.°, que el débito posterior sea contraído directamente por el mismo deudor prendario, pues si éste no responde de la obligación por sí, sino por cualquier otro concepto, como, por ejemplo, el de heredero ó causahabiente de otro, ó como mandatario ó representante de éste, no podrá tener lugar entonces la presunción en que se funda.

II. *Concordancias.*—El párrafo primero del presente artículo tiene concordancias en casi todos los Códigos extranjeros, pues unánimemente establecen el derecho de retención, que constituye, según tenemos dicho, uno de los principales efectos del contrato de prenda con relación al acreedor, distinguiéndose tan sólo en que algunos exigen para ello de una manera expresa que el acreedor tome posesión de la cosa pignorada, como sucede en el Código austriaco, cuyo art. 451 terminantemente previene que «para adquirir realmente el derecho de prenda, deberá el acreedor que tenga título para ello tomar bajo su custodia la cosa mueble empeñada», dando como razón ó fundamento de ello el que «el mero título únicamente da derecho personal á la cosa, pero no el derecho real sobre la misma»; mientras que las res-

tantes legislaciones guardan silencio sobre ello, ya porque se estima la tradición como requisito indispensable, ya porque admiten que la cosa pignorada no entre en poder del acreedor, sino de un tercero, como sucede en nuestro Código, en cuyo caso no es posible la exigencia de que aquél tome bajo su custodia los bienes que constituyan la prenda.

En cuanto á lo demás, y excepción hecha de algunas pequeñas diferencias, que en nada alteran la esencialidad del artículo, concuerda éste con el 2071, el 2073 y el párrafo 2.º del 2082 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1879 y el 1888 del de Italia, con el 1196 y el 1205 del de Holanda, con el 1557 y el 1558 del de Vaud, con el 1988 del de Guatemala, con el 2258 del del Uruguay, con el 2396 del de Chile, con el 2087, el 2088 y el 2105 del de Bolivia, con el 3218 del de la República Argentina, con el 2269 del de Veracruz-Llave y con algunos otros.

El Código de Méjico declara en su art. 1916 que «la prenda no garantiza más obligación que aquella para cuya seguridad fué constituída, salvo convenio expreso en contrario», con lo que ha venido á hacer imposibles las dudas que motivaron la impugnación hecha á la disposición del párrafo 2.º del artículo que examinamos. En el mismo sentido se expresa el art. 1799 del Código de California, y el 1916 del de Campeche.

ARTÍCULO 1867

El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida ó deterioro conforme á las disposiciones de este Código.

I. *Explicación de los preceptos de este artículo.*—Continúa el Código en este artículo la exposición de los efectos especiales del contrato de prenda con relación al acreedor, y frente al derecho de retención concedido en el artículo anterior le impone el deber de la custodia cuidadosa de la cosa pignorada, conce-

diéndole, como consecuencia y compensación de ella, el derecho al reintegro de los gastos que hubiera tenido que hacer para su conservación.

Dos son, pues, los extremos que comprende el artículo, y para proceder con la conveniente claridad, evitando las confusiones que el estudio en conjunto de sus preceptos pudiera producir, debemos ocuparnos con separación de todo lo relativo á cada uno de ellos, empezando por lo que concierne á la custodia ó conservación de la cosa pignorada, y tratando después lo referente al derecho de reintegro, sancionado también por el presente artículo.

a) *Conservación de la prenda.*—«El acreedor—dice el Código—debe cuidar de la cosa dada en prenda *con la diligencia de un buen padre de familia*», y como consecuencia de ese deber que le impone, le hace responsable de su pérdida ó deterioro, *conforme á las disposiciones del mismo.* Es decir, que tanto el deber citado como las responsabilidades propias de su incumplimiento, no son absolutas, sino que están condicionados por las prescripciones mismas del Código.

La disposición citada tiene sus precedentes en la legislación romana en las leyes 15 y 24, párrafo 3.º del tít. 7.º, libro 13 del Digesto. La ley 20 del tít. 13 de la Partida 5.ª, establecía la misma doctrina consignada en el presente artículo, con relación á la custodia de la prenda, pues en ella se disponía que el hombre que recibe la cosa en *peños, debe poner gran femencia en guardarla, de guisa que por su culpa ni por su negligencia, non se pierda nin se empeore.*

El art. 1776 del Proyecto de Código de 1851 se limitó, en cuanto á este particular, á exponer que «el acreedor debe cuidar de la prenda como un buen padre de familia», que era la obligación común á todos los contratos, según el art. 1013 del mismo, y los tratadistas discutían acerca de las consecuencias del deber de conservación ó de custodia, impuesto siempre y en todas las legislaciones al acreedor prendario.

Interpretando éstos las antiguas leyes, mantenían criterios

diversos, suscitando cuestiones diversas, lo mismo cuando la cosa pignorada se perdía ó empeoraba en todo ó en parte por culpa del acreedor ó por caso fortuito, reproduciendo las mismas distinciones y aun sutilezas de escuela sobre la teoría de la culpa que hemos indicado en distintas ocasiones.

Hoy toda esa controversia ha perdido su interés, pues al publicarse con tales antecedentes el Código, tuvieron buen cuidado sus autores de poner término á dichas cuestiones, consiguiendo determinar y precisar la obligación y la responsabilidad del acreedor prendario con una fórmula tan clara y tan explícita, que no puede dar lugar á duda.

La obligación es la de cuidar de la cosa dada en prenda *con la diligencia de un buen padre de familia,* y la responsabilidad la misma regulada por el Código para casos análogos.

Esa obligación ó ese deber impuesto por la ley y esa responsabilidad con que se sanciona y se garantiza su cumplimiento, se derivan de la posición respectiva del acreedor dentro del contrato de prenda. Por éste, el deudor transmite al acreedor la posesión de la cosa pignorada, mas no su propiedad; es un depositario de ella; la tiene en secuestro, han dicho algunos autores y algunas legislaciones, y como tal depositario no puede disponer ni hacer uso de la misma, según veremos al comentar el artículo 1870, teniendo además el deber de conservarla y de cuidarla con la misma diligencia impuesta al depositario por el contrato de depósito.

Ya en distintas ocasiones hemos expuesto lo que debe entenderse por la diligencia ó el cuidado propio de un buen padre de familia, y no necesitamos insistir en tal concepto, bastándonos remitirnos á lo que ya tenemos dicho sobre ello.

En cuanto á la responsabilidad que contrae el acreedor prendario como consecuencia del deber que la ley le impone respecto de la conservación de la cosa dada en prenda, además de sus antecedentes en la legislación romana, la vemos sancionada también por la ley 15 del título y Partida, citados anteriormente, cuya ley condenaba igualmente al que tuviese la cosa en prenda

á pagar ó perder, si éste era el acreedor, el total importe del débito cuando aquélla se perdiese por su culpa.

El Código, sin embargo, no ha establecido disposición alguna especial que fije y determine los límites de dicha responsabilidad, prefiriendo referirse á las reglas generales establecidas en disposiciones anteriores del mismo; y por lo tanto, en este punto, como en el relativo al deber de conservación, las prescripciones del presente artículo no son más que meros preceptos de referencia que no exigen una amplia explicación, la cual resultaría innecesaria, puesto que ya tenemos consignado en su lugar oportuno los términos en que queda obligado el depositario, en cuyo lugar se encuentra el acreedor prendario.

b) Derecho de reintegro.—El segundo de los extremos que comprende el artículo objeto de este comentario, es el relativo al derecho que concede al acreedor, como compensación del deber impuesto en el primero, para reintegrarse de los gastos que con motivo del cumplimiento de dicha obligación se le originaren.

El derecho romano extendía ese reintegro á las expensas útiles y necesarias. En cuanto á éstas, no podía caber duda, como decía García Goyena, porque aumentaban el capital de la deuda y se tenían por parte del mismo (1), y respecto de las útiles se ordenaba el abono con una sola excepción, la de que no fuesen tan grandes que hicieran difícil y gravosa al deudor la recuperación de la prenda (2).

La ley 21 del tít. 13 de la Partida 5.ª, mandó abonar también al acreedor, tanto las expensas útiles como las necesarias, en los siguientes términos: «Todas las despensas fechas para mantener la cosa y para mejorarla», calificando de necesarias las que se hicieran para que no se empeorase ó se perdiese la prenda. Varios Códigos extranjeros, como el francés, el holan-

---

(1) Véase leyes 8.ª, tít. 7.º, libro 3.º del Digesto; 6.ª, tít. 14, libro 8.º del Código, y párrafo 4.º, tít. 15, libro 3.º de la Instituta.

(2) Véase ley 25, tít. 7.º, libro 3.º del Digesto.

dés y el de la Luisiana, expresamente conceden el reíntegro por las expensas necesarias y por las útiles; pero el nuestro, siguiendo en esto el ejemplo del art. 1776 del Proyecto de 1851, se limita á decir que tiene derecho al abono de los gastos hechos para la conservación de la cosa dada en prenda, reproduciendo la misma doctrina establecida en el art. 1779 respecto del depósito, porque la prenda en realidad viene á constituir un depósito, y hallándose en el mismo caso uno y otro contrato en cuanto al deber de conservación de la cosa objeto de cada uno de ellos, igual debe ser la disposición legal que los regule.

Ahora bien: el art. 1779, al establecer la obligación del depositante, no se limita al reembolso de los gastos hechos por el depositario, ó sea al derecho de reintegro, sino que establece también el de *indemnización* por los perjuicios que se le hubieren inferido por consecuencia del depósito y en vista de dicha disposición, ocurre preguntar: el acreedor prendario, ¿debe tener igualmente el derecho de *indemnización,* como el depositario, al cual se asemeja?

De ningún modo, pues la razón no es la misma. Respecto del reembolso ó del derecho de reintegro, las circunstancias son idénticas en uno y otro caso; pero no sucede lo mismo en cuanto á la indemnización, pues en el depósito se halla establecida ésta en favor del depositante y no del depositario, el cual ningún beneficio reporta en la generalidad de los casos, por ser gratuíto el contrato, y no sería, por lo tanto, justo imponerle la carga de los perjuicios en dicho caso, mientras que en la prenda la entrega ó depósito de la cosa pignorada es en beneficio del acreedor prendario, reportándole la utilidad del aseguramiento de la obligación principal garantida con ella, la cual no suele ser gratuíta como en el depósito, y por lo tanto, debe sufrir el perjuicio que sobreviniere *sin culpa* del deudor como una consecuencia natural del contrato. Esto no obsta para que si el daño ó el perjuicio fuera causado por culpa del deudor ó de un tercero, pueda reclamar la indemnización correspondiente ejercitando la acción derivada del art. 1902 del Código.

Por eso al reproducir éste en el artículo que examinamos la doctrina establecida en el 1779 respecto del depositario, se limitó tan sólo al derecho al reembolso ó reintegro de los gastos de conservación, prescindiendo del de indemnización de los perjuicios que se hubieren originado por la tenencia de la cosa pignorada.

Con la fórmula adoptada por nuestro Código se evitan las cuestiones que en la práctica se suscitaban por los tratadistas é intérpretes de nuestro antiguo derecho, acerca de las disposiciones que regulaban los gastos ó expensas que debían estimarse de abono para el acreedor prendario en los diversos casos que podían ocurrir, y como ha dicho un autor, se salva el escollo del término medio, peligroso é impracticable por lo vago, de la la ley romana, al hacer depender el derecho al reintegro, por lo que se refiere á las expensas útiles, de la mayor ó menor cuantía de la misma ó de que hicieran ó no difícil y gravosa para el deudor la recuperación de la prenda. Y se pone término además á las discusiones que en cada caso, en particular, podrían suscitarse para la determinación de la naturaleza de las expensas necesarias y útiles, aclarándose y ampliándose además el concepto, puesto que en él están comprendidos todos, absolutamente todos, los gastos que el acreedor haya tenido que hacer para conservar la cosa dada en prenda.

Véase lo que expusimos acerca de dicho reembolso al comentar el art. 1779, y téngase como ampliación de lo expuesto en el presente, toda vez que es idéntica la disposición correspondiente al reintegro en uno y otro caso.

Una última razón podríamos alegar en justificación del derecho al reembolso ó reintegro establecido en el presente artículo, y es que los gastos de conservación sólo son compensables jurídicamente con los productos ó frutos de la cosa conservada, y como esos frutos no los hace suyos el acreedor prendario, según veremos al examinar el artículo siguiente, no hay más remedio que concederle el derecho indicado, porque entonces resultaría notoriamente perjudicado en beneficio del deudor, el cual se

aprovecharía de esos gastos contra toda razón de justicia y aun de equidad.

Desde luego se comprende que los preceptos del artículo se refieren al caso de que la cosa pignoraticia quede en poder del acreedor, pero como puede estarlo en el de un tercero, entonces éste se convierte en un verdadero depositario y sus derechos y obligaciones se regularán por el título de depósito.

II. *Concordancias.*—Este artículo, salvas las diferencias que hemos indicado ya al ocuparnos del derecho de reintegro, concuerda con el 2080 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1885 del de Italia, con el 1993 y el 1994 del de Guatemala, con el 2265 del del Uruguay, con el 2394 del de Chile, con el 861 del de Portugal, con el 2096 al 2098 del de Bolivia, con el 3135 del de la Luisiana, con el 1203 del de Holanda, con el 1565 del de Vaud, con el 3225 y 3228 del de la República Argentina, con el 1909 del de Méjico, con el 1792 del de la Baja California y con el 2266 del de Veracruz-Llave.

ARTÍCULO 1868

Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, ó en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.

La disposición consignada en este artículo no necesita comentario alguno, pues es tan clara y de tan buen sentido jurídico, que basta su mera lectura para formar juicio de la justicia é inteligencia de la misma.

Algunos precedentes de ella encontramos en las leyes romanas (1), pero en nuestro antiguo derecho no existía precepto alguno concreto que autorizara la compensación á que se refiere este articulo, pues no podía estimarse como tal la disposición de la ley 20, tít. 13 de la Partida 5.ª, citada por un autor, porque

(1) Véase la ley 1.ª, tít. 24, libro 4.º del Código, y 5.ª, párrafo 3.º, tít. 3.º, libro 46 del Digesto.

ésta se refiere evidentemente á los frutos y esquilmos de los bienes inmuebles.

Por el contrario, de las leyes 1.ª y 2.ª del título y Partida citados, se infiere que estaba prohibido al acreedor percibir, en concepto de intereses ó á calidad de tales, los frutos de la cosa dada en prenda, sobre todo si excedían del 6 por 100. El Derecho romano y canónico lo prohibieron en absoluto, y todos los tratadistas lo condenaban, y con mucho más rigor y motivo cuando excedían esos frutos de la tasa legal del interés; pero promulgada la ley de 14 de Marzo de 1856 que abolió dicha tasa, ya no quedó duda de que el acreedor prendario podía recibir, como otro acreedor cualquiera, los frutos de las cosas dadas en prenda á cuenta de intereses, siempre que éstos estuviesen convenidos de antemano.

Entiéndase bien que el único concepto en que el acreedor puede recibir esos frutos es el de pago ó compensación de intereses pactados, pues por lo demás le está prohibido en absoluto aprovecharse de los productos de las cosas pignoradas ó aprovecharse de ella, ni aun usarla sin autorización del dueño (1), como tampoco puede servirse el depositario de la cosa depositada (2).

Algunos autores han creído que el presente artículo se refiere tan sólo al caso en que se dé en el concepto de prenda un crédito ó valores que devenguen interés, pues fuera de él no se concibe ningún otro, toda vez que las cosas muebles ordinariamente no producen interés; pero el término empleado lo está en un sentido amplio, equivalente á frutos lo mismo naturales que civiles, y el legislador, siguiendo en esto á los autores del Proyecto de 1851, cuyo art. 1777 estableció idéntico precepto, reprodujo la disposición de éste por la posibilidad de que ocurriera algún caso de aplicación, aunque raro, como puede suceder con los semovientes dados en prenda.

---

(1) Véase el art. 1870.
(2) Véase el art. 1767.

Excusado es decir que si la obligación principal garantida con ella no devengara interés, faltaría la razón jurídica de la compensación autorizada por la ley, y como el acreedor no puede hacer suyos en ningún caso los frutos de la prenda, tendrían que imputarse á parte de pago del principal los que recibiera, á no ser que los entregara al deudor. Lo mismo sucedería si devengase interés la obligación asegurada y los frutos ó intereses percibidos excedieran del importe de aquéllos, en cuyo caso habría que imputar al capital la parte en que excedieren de los legítimamente devengados los percibidos.

Así lo dispone el artículo; y la razón es obvia, pues la cosa prendaria se entrega al acreedor, no para que se aproveche de ella, sino únicamente para que le sirva de garantía ó de seguridad de su crédito, y, por lo tanto, no puede percibir los intereses ó los frutos de la misma en concepto alguno distinto del de compensación.

Si los frutos no consistieren en dinero, sino en especies, se computará el valor de los mismos en la forma convenida si hubiere pacto especial sobre ello, ó en otro caso, por el precio corriente conforme á las reglas generales establecidas para dicho efecto.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 2081 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1886 del de Italia, con el 867 del de Portugal, con el 2272 del del Uruguay, con el 2403 del de Chile, con el 2101 del de Bolivia, con el 1204 del de Holanda, con el 3136 del de la Luisiana, con el 3231 del de la República Argentina, con el 1913 del de Méjico, con el 1796 del de la Baja California y con el 2267 del de Veracruz-Llave.

ARTÍCULO 1869

Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella.

Esto no obstante, el acreedor podrá ejercitar las ac-

ciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla ó defenderla contra tercero.

En este artículo se consignan los efectos de la prenda con relación al deudor, el cual no pierde la propiedad de la cosa pignorada, sino que continúa siendo dueño de ella hasta que llegue á ser expropiado de la misma, bien por haberse vendido para el pago del débito en el caso de no ser satisfecho éste oportunamente, bien por haber pasado á la propiedad del acreedor cuando esto fuere posible, como veremos más adelante.

Esto es consecuencia de las condiciones en que se hace la transferencia ó la transmisión al deudor de la cosa dada en prenda. Hemos dicho ya varias veces, y una vez más tenemos que repetirlo al estudiar este artículo, que si bien por el contrato de prenda se transmite *materialmente* la cosa pignorada, ya al acreedor, ya á un tercero previamente designado, privándose el deudor de la posesión de la misma, no se transfiere con dicha posesión la propiedad de la prenda, como no se transmite al depositario en el depósito, sino que el dominio permanece en el deudor, y por lo tanto, éste sigue siendo dueño, según se dice en el artículo, correspondiéndole en tal concepto todos los derechos dominicales á excepción del de posesión, que es del único de que se desprende.

Sin embargo, como el acreedor á quien se entrega la cosa empeñada tiene el deber impuesto por el art. 1867 de cuidarla y conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y esto no podría hacerlo si no se le autorizara para reclamarla ó defenderla, pues en otro caso la incuria ó la negligencia del propietario podría hacerla perder, preciso ha sido concederle esa facultad, no sólo en su propio y personal interés, sino también en el del deudor.

De aquí que pueda el acreedor ejercitar todas aquellas acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para dichos fines.

Esto no obsta á la conservación del dominio por el deudor,

ni se opone á la índole especial del contrato de prenda, puesto que sólo se reduce á una cesión de acciones que va implícita en el mismo y que viene á afirmar más el principio ya expuesto de que el que entrega en prenda una cosa sigue siendo dueño de ella hasta que llega el momento de tener que realizar con ella la obligación principal á la cual sirve de garantía.

En efecto; la condición esencial de la prenda es responder del pago de un crédito sirviendo de seguridad y de garantía al mismo. Por eso el acreedor puede retenerla en su poder ó en el de la persona designada en otro caso hasta que le sea satisfecha la cantidad que se le adeuda, para cuyo efecto tienen que corresponderle todas las acciones reivindicatorias de la misma contra un tercero, porque de lo contrario, no podría cumplirse el objeto de la prenda.

Para el ejercicio de esas acciones no necesita una previa cesión por parte del deudor, pues ésta se halla impuesta por ministerio de la ley y por la naturaleza misma del contrato en el cual va implícita.

Aunque nuestras antiguas leyes no contenían un precepto terminante en que expresamente se reconociera la conservación por parte del deudor prendario de la propiedad de la cosa dada en prenda mientras no fuera expropiado de ella por incumplimiento de la obligación principal, la doctrina anterior á la publicación del Código era la misma establecida después por éste, y así se desprendía del espíritu de dichas leyes y de la naturaleza misma del contrato, siendo sancionada esa doctrina por la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo.

Como consecuencia de esa propiedad que conserva, tiene el deudor el derecho de reclamar del acreedor la restitución de la prenda, luego que estuviere satisfecha íntegramente la deuda y pagados los intereses y los gastos de conservación, si los primeros se hubieren estipulado y los segundos se hubieren hecho; derecho que se traduce en una obligación en el acreedor de realizar oportunamente dicha restitución sin incurrir en demora ni dilación alguna.

Algunos Códigos, como el mejicano (1), consignan expresamente esa obligación entre los deberes del acreedor prendario; pero en el nuestro no se establece disposición alguna sobre ello, porque en realidad no es necesaria, y su omisión en la ley no perjudica ni puede perjudicar al derecho del acreedor para reclamar dicha restitución en el caso de que no la hiciere á su tiempo el acreedor, porque dicho derecho es uno de los efectos naturales del contrato celebrado.

Concordancias.—El artículo que examinamos concuerda sustancialmente con el 2079 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 860 del de Portugal, con el 1989 del de Guatemala, con el 1263 del del Uruguay, con el 2393 del de Chile, y con el apartado 2.° del art. 1906 del de Méjico, en el que se consigna, entre los derechos del acreedor prendario, «el de deducir todas las acciones posesorias y querellarse de quien le haya robado la cosa empeñada, aun cuando sea el mismo dueño».

El Código austriaco, en su art. 469, sienta el principio de que el derecho de prenda cesa con la extinción de la deuda, y en el 471 previene que el que hubiere recibido la prenda luego que cese el derecho que se le haya concedido, no podrá conservarla por el concepto de otra pretensión—y por lo tanto, no podrá prorrogar el derecho de retención por otra deuda—; pero cuando concurran los requisitos prescritos en la ley de Procedimiento civil, podrá depositarla judicialmente, tratándose de cosa mueble y pedir su secuestro, ó siendo inmueble, solicitar su embargo.

ARTÍCULO 1870

El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño, y si lo hiciere ó abusare de ella en otro concepto, puede el segundo pedir que se la constituya en depósito.

La disposición de este artículo es consecuencia también del principio que anteriormente hemos indicado, según el que, el

(1) Véase art. 1909, núm. 2.°

deudor transmite, por virtud de la prenda, la posesión de la cosa pignorada, pero no su propiedad. La posición respectiva del acreedor en este contrato es, por lo tanto, la misma que la del depositario en el de depósito, y en su virtud no puede usar de la cosa dada en prenda, como el depositario no puede usar de la depositada, á no ser con la expresa autorización del deudor, porque de lo contrario se desnaturalizaría la índole especial de la prenda, que requiere la subsistencia y el respeto total y absoluto de la misma para que por el uso no se deteriore ni pierda sus condiciones de garantía y de seguridad para el acreedor.

Lo mismo disponían nuestras antiguas leyes, pues la 20 del título 13 de la Partida 5.ª prohibía también al acreedor el uso de la cosa empeñada, á no ser que mediara el consentimiento del dueño, siendo responsable en todo caso el acreedor de los desperfectos que ocasionara por el uso indebido de ella; pero el Código civil ha introducido una innovación justa con la prescripción contenida en la última parte del presente artículo, en la que se faculta al dueño de la cosa pignorada para pedir que ésta sea constituída en depósito cuando el acreedor use ó abuse de la misma.

Con dichos términos, el legislador ha querido establecer una sanción conveniente y aun necesaria para asegurar la debida observancia del precepto consignado en la primera parte del artículo, pues de nada hubiera servido el que la ley estableciera la prohibición del uso de la cosa pignorada si omitía la adopción de los medios conducentes para impedir el abuso ó su incumplimiento. Y el medio adoptado es el más racional y lógico, y resulta impuesto hasta por el mero buen sentido, cual es la pérdida de la tenencia de la prenda para evitar que vuelva á hacer uso ó á abusar de ella nuevamente.

Como la prohibición indicada depende de la voluntad del deudor, puesto que puede prestar su consentimiento, facultándole para el uso de la cosa pignorada, es indudable que la aplicación de la sanción establecida tiene que depender también de

dicha voluntad, toda vez que en interés del deudor se halla introducida en nuestro derecho. Por eso se explica que no sea *preceptiva*, sino meramente *facultativa* la disposición que la consigna; y por consiguiente, aunque el acreedor use y aun abuse de la prenda, no podrá ser desposeído de ella mientras el deudor no pida que se constituya en depósito.

Ese depósito, ¿tiene que ser constituído necesariamente en poder de tercera persona, ó podrá quedar la prenda en el del acreedor, como antes, aunque por el título distinto de depósito y con las responsabilidades propias de éste? La ley no lo dice, pero su espíritu impone lo primero, pues siendo el objeto de la disposición citada la imposición de una sanción ó de una pena civil por la infracción del deber citado, que evite nuevos y posibles abusos, no se cumpliría dicho fin si hubiera de continuar teniendo en su poder el acreedor aquello que se ha querido librar de dichos abusos. En su virtud, siempre que el deudor inste la aplicación de dicho precepto, perderá el acreedor la posesión de la prenda y será desposeído de ella, debiendo ser entregada á tercera persona en concepto de depósito. Esta es también la opinión unánime de los tratadistas.

Desde luego se comprende que la constitución en depósito de la cosa pignorada no exime al acreedor de la responsabilidad en que hubiere incurrido por el menoscabo que la prenda sufriera por consecuencia del uso ó del abuso que de ella se haya hecho por el acreedor, el cual, según el art. 1867, tiene el deber de cuidarla con la diligencia propia de un padre de familia, y si en vez de hacerlo así usa ó abusa de ella, dando ocasión á un daño ó un perjuicio, obligado viene á responder de él, no sólo por el deber antes dicho y por la transgresión de la prohibición, impuesta expresamente en la primera parte de este artículo, sino también por el precepto general y amplísimo del 1902 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en la última parte también de su artículo 1778, disponía que si el acreedor abusare de la prenda, se pondría ésta en *secuestro*. De los Códigos antiguos italianos,

el napolitano (1) y el sardo (2) ordenaban igualmente el *secuestro* en dicho caso, y aun en algunas modernas legislaciones encontramos idéntico precepto, como sucede en el art. 1205 del Código de Holanda y en el 1556 del de Vaud; pero nos parece mucho más acertada la disposición del nuestro, tanto por hacer depender de la voluntad del deudor el depósito, en vez de imponerlo como obligatorio, cuanto por no limitar su constitución al judicial ó secuestro, toda vez que para los efectos de la ley basta el convencional, si se conforman en ello el acreedor y el deudor, ó si aquél se allanase á constituirle al requerimiento hecho por éste.

Réstanos decir que el precepto de este artículo se refiere al supuesto de que la cosa pignorada esté en poder del acreedor y no de un tercero, pues en el caso de que, por común acuerdo ó por cualquier otro motivo, se hubiera hecho entrega de la prenda á persona distinta de aquél, entonces el que la tiene en su poder es un verdadero depositario, y sus relaciones jurídicas con el depositante, ó sea con el dueño ó deudor pignoraticio, se regirán por las reglas de derecho propias del depósito.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 862 del de Portugal, con el 1887 del de Italia, con el 1995, el 1996 y el 1997 del de Guatemala, con el 2265 del del Uruguay, con el 2395 del de Chile, con el 1205 del de Holanda (salvo la diferencia indicada de haber de constituirse la prenda en secuestro), con el 3230 del de la República Argentina, con el 1793 del de la Baja California y con el 1910 del de Méjico, el cual autoriza al deudor para exigir del acreedor que abusa de la cosa empeñada que ésta se deposite, ó que dicho acreedor dé fianza de restituirla en el estado en que la recibió.

---

(1) V. Art. 1942.

(2) V. Arts. 2135 y 2136.

ARTÍCULO 1871

No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.

El precepto de este artículo es el desenvolvimiento natural de los principios consignados en los anteriores, y tan lógico es lo que en el mismo se establece, que no requiere explicación ni comentario alguno, pues si se da la prenda en garantía y como seguridad del cumplimiento de la obligación asegurada con ella, es de todo punto indudable que, mientras no quede cumplida dicha obligación, no puede pedir el deudor la restitución de la prenda, á no ser que preste su conformidad á ello el acreedor, pues estando establecido en su interés el derecho de retención puede renunciar á él y aun á la prenda, debiendo ser en este punto su voluntad la ley reguladora de dicho efecto jurídico del contrato.

La prohibición establecida en el artículo es consecuencia del derecho de retención concedido al acreedor por el art. 1866, según el que puede aquél retener la cosa pignorada, en su poder ó en el de la tercera persona á quien hubiere sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

Esa retención no puede limitarse al principal de la deuda, y, por el contrario, ha de extenderse también á los intereses, porque éstos son un accesorio ó efecto derivado del contrato principal y forman parte del débito. Y en cuanto á las expensas, es la disposición de este artículo la natural y justa consecuencia del derecho establecido en el 1867 á favor del acreedor para el abono de los gastos hechos para la conservación de la cosa dada en prenda, pues estando hechas las citadas expensas en beneficio del deudor ó de la prenda á él perteneciente, preciso es su reintegro por parte del mismo, formando parte del crédito hasta cuya extinción ó solvencia dura el derecho de retención indicado.

Debe tenerse en cuenta para la recta inteligencia de la dis-

posición que examinamos, que no en todo caso tiene derecho á retención el acreedor por las expensas que hubiere hecho, sino en aquellos en que se halle autorizado su reintegro por la ley, por eso dice el artículo, «con las expensas en su caso», es decir, en el de que sean abonables legítimamente. Lo mismo sucede con los intereses; y para no incurrir en repeticiones, téngase como ampliación de lo dicho, lo expuesto acerca de estos particulares al comentar los artículos 1866 y 1867 antes citados.

La disposición del presente tiene sus precedentes en la legislación romana en la ley 9.ª, párrafo 3.º, título 7.º, libro 13 del Digesto; en la ley 11, párrafos 2.º y 5.º, y en la 20, párrafo 2.º del tít. 7.º, libro 3.º del mismo cuerpo legal. La ley 38 del título 13 de la Partida 5.ª, convenía esencialmente con el precepto de este artículo, pues decía, que no se desataba la obligación «fecha sobre peños» hasta que pagase aquel que los empeñó.

Concordancias.—Concuerda el artículo que nos ocupa con el 2082 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1888 del de Italia, con el 870 del de Portugal, con el 1205 del de Holanda, con el 2001 del de Guatemala, con el 2266 del del Uruguay, con el 2396 del de Chile, con el 2112 del de Bolivia, con el 3131 del de la Luisiana, con el 1556 del de Vaud, con el num. 2.º del 1792 del de la Baja California, con el núm. 2.º también del 1909 del de Campeche, con el 2268 del de Veracruz-Llave, con el número 2.º del 1909 del de Méjico, y con algunos otros.

ARTÍCULO 1872

El acreedor á quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario á la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el

acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado á dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio.

I. *Fundamento é inteligencia de este artículo.*—La disposición del presente artículo, es una consecuencia del principio consignado en el 1859. Como entonces expusimos, el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda, y por lo tanto, para hacerse pago con ellas ó con su producto, tiene que ajustarse á las reglas establecidas por la ley para evitar los abusos que en otro caso podrían tener lugar en perjuicio del deudor prendario.

Relacíonase esta materia con la discutida cuestión de los pactos accesorios de la prenda de que trataban siempre los expositores de nuestro antiguo derecho al examinar la doctrina relativa á la misma, estimando permitidos unos y prohibidos otros, de modo más ó menos expreso y terminante.

Entre los primeros, se consideraban el pacto anticrético que hoy forma un contrato especial diferente de la prenda, que el Código reconoce y sanciona, resolviendo la controversia de los autores acerca del mismo, y el pacto de la ley comisoria que era distinto del *pacto comisorio*, puesto que sólo autorizaba al acreedor para adquirir el dominio de la cosa dada en prenda por su justo valor según tasación, mediante el acuerdo expreso del deudor y con la obligación de devolver á éste el exceso si lo hubiere.

Entre los segundos, se contaban:

1.º El citado pacto comisorio, por virtud del cual los contratantes estipulaban en favor del acreedor prendario el derecho de convertirse en dueño de la prenda, sin ninguna formalidad de venta, por el mero hecho de no satisfacerse el débito en el tiempo señalado para ello, pacto prohibido por la ley 12 del título 13, de la Partida 5.ª, que se inspiró en igual criterio, absolutamente prohibitivo, del derecho romano.

2.º El pacto de que sin requerímento del deudor fuera posible al acreedor vender la cosa empeñada, cuya facultad era contraria á las leyes sobre la prenda que nunca autorizaron la enajenación de la misma, sin uno ó varios requerimientos previos al deudor y solo consentían la venta después de transcurridos determinados plazos á contar desde la práctica de aquéllos y con el requisito de la pública subasta (1).

3.º El pacto de que nunca pudiera enajenarse la cosa dada en prenda, pues dicha estipulación era contraria también á la esencia de este contrato especial, y sólo producía el efecto de aumentar los requisitos precisos para la venta, teniendo que hacerse entonces tres requerimientos al deudor ante testigos y esperarse á que transcurriesen dos años á contar desde el último requerimiento para llevar á efecto la enajenación, durante cuyo plazo podía libertar la cosa prendada el deudor por el pago del débito.

La nueva ley no reconoce ninguno de dichos pactos, pues el anticrético pasa á constituir un contrato distinto, y el de la ley comisoria se halla sustituído por las formalidades y mayores garantías exigidas para la venta; y en cuanto á los demás que hemos citado, los niega de una manera indirecta y alguno de modo más radical aún que las Partidas, como sucede con el pacto comisorio, al imponer de una manera terminante y preceptiva en el artículo que examinamos la necesidad de la concurrencia de determinados requisitos para la enajenación de la prenda. Por la misma razón resulta negado el de que pudiera hacerse la venta sin requerimiento del deudor y sin formalidad alguna, toda vez que dicho artículo exige como precisas la citación de aquél y la celebración de la pública subasta; y en cuanto al pacto de que no pudiera venderse la cosa prendada, resultaría opuesto á la índole del contrato y nulo como contrario á la ley.

El artículo objeto del presente comentario establece un pro-

---

(1) Véase leyes 41, 42 y 48, título 13 de la Partida 5.ª, y 1.ª, título 19, libro 3.º del Fuero Real.

cedimiento breve, económico y sencillo, para la realización del débito asegurado con la prenda, sin que por ello dejen de adoptarse las medidas de precaución que inspiraron las limitaciones y prohibiciones impuestas por nuestro antiguo derecho.

La razón que aconseja la prohibición de que el acreedor prendario se haga pago de su crédito desde luego con la cosa dada en prenda y sin intervención del deudor es obvia y comprensiva sin esfuerzo alguno, pues aparte de la violencia de doctrina que existe en que un título de garantía se convierta en un título de dominio, sin ningun acto jurídico próximo y especial que lo explique, como dice el Sr. Sánchez Román (1), el mero buen sentido enseña que resultaría vejatorio y lesivo para los deudores el que el acreedor pudiera apropiarse libremente la prenda en pago de su crédito, porque como la estimación de la suficiencia de la garantía, habría de quedar reservada siempre al criterio ó al arbitrio de los acreedores, la codicia de éstos podría aprovecharse de las circunstancias, no admitiendo las garantías prendarias ofrecidas sino en el caso de mediar gran diferencia entre el valor real de la cosa dada en prenda y el de la obligación asegurada con ella, ante la expectativa de obtener un considerable lucro al convertirse en dueños de la misma.

Es, pues, una razón de orden moral la que inspira el precepto de este artículo al establecer como condición precisa en todo caso la venta de la prenda en pública subasta y la necesaria intervención del deudor, por cuyo medio pueden evitarse los perjuicios á que estarían expuestos en otro caso, tanto el principal obligado, como el dueño de la prenda en el caso de que ésta fuera constituída por una tercera persona.

La potestad concedida al acreedor para proceder á la venta de la cosa prendada, en el caso de que oportunamente no hubiere sido satisfecho su crédito, es conforme al objeto de la prenda, pues de lo contrario, no podría cumplirse el fin de la misma. Por eso, todas las legislaciones han estimado ineficaz el pacto

(1) Véase obra ya citada, tomo 4.°, página 981.

prohibitorio de dicha venta; pero si bien dicha potestad es inherente al contrato mismo, es indispensable, sin embargo, por la razón ya dicha, que en la enajenación se observen los dos requisitos indicados de la pública subasta y de la citación del deudor, puesto que ambos constituyen «una formalidad substancial de las enajenaciones reguladas por el art. 1872», como expresamente tiene declarado la Dirección general de los Registros.

Si la prenda hubiere sido constituída por persona distinta del deudor, deberá ser citado también el dueño de ella por concurrir respecto de éste las mismas razones que exigen la citación del deudor.

Réstanos indicar que si bien el artículo que examinamos se refiere á la subasta extrajudicial, puesto que sólo habrá de preceder á la venta por ante Notario, esto no obsta al derecho que al acreedor asiste para reclamar judicialmente el pago de su crédito y la venta de la prenda con tal objeto, sólo que en dicho caso la enajenación ha de regularse por las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil, por constituir la misma un trámite del juicio, por cuyo motivo el Código no tenía para qué dictar regla alguna relativa á dicha clase de venta, toda vez que caía fuera de los límites propios del derecho sustantivo.

En su virtud, el acreedor prendario tiene dos medios para realizar su crédito en el caso de que no sea satisfecho en su oportunidad, á saber: 1.º, promover el juicio correspondiente, procediendo por la vía judicial contra la cosa prendada; y 2.º, proceder extrajudicialmente á la enajenación de la prenda en pública subasta ante Notario con citación del deudor y del dueño de la misma si fuere persona distinta de aquél, que es el caso á que se refiere el presente artículo.

Con arreglo á él, si en la primera subasta no fuere enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con las mismas formalidades, es decir, ante Notario y con las citaciones indicadas; y en el caso de que ésta tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda, adjudicándosela en pago, cuya adjudicación es consecuencia lógica de todo remate judi-

cial ó extrajudicial en que no hay postor; pero entonces estará obligado á dar carta de pago de la totalidad de su crédito, aunque el importe de éste fuere mayor que el valor de la prenda.

Una limitación, sin embargo, impone la ley á la facultad concedida al acreedor para proceder á la venta de la prenda, pues cuando ésta consistiere en valores cotizables, han de venderse en la forma prevenida por el Código de Comercio, ó sea con intervención de Agente de Bolsa, donde le hubiere, si los valores fuesen públicos, ó de Corredor de Comercio, en otro caso.

II. *¿Tiene aplicación en el crédito hipotecario la facultad concedida al acreedor prendario?*—Mucho se ha discutido si la potestad otorgada por este artículo al acreedor prendario debe considerarse extensiva, por razón de analogía, al acreedor hipotecario, el cual se encuentra en el mismo caso con relación al deudor hipotecante ó al dueño de la finca hipotecada, si fuere distinto de aquél.

El Código no resuelve de una manera expresa esta cuestión, ni en el capítulo siguiente, consagrado especialmente á la hipoteca, se encuentra disposición alguna que á ello se refiera; pero tanto la Dirección general de los Registros, como el Tribunal Supremo, han sentado una jurisprudencia uniforme en sentido afirmativo en determinados casos, fundándose para ello en la razón de analogía antes indicada y por motivos de equidad dignos de ser tenidos en cuenta.

En prueba de ello, pueden verse las resoluciones de la Dirección citada de 9 de Febrero, 12 de Julio y 21 de Octubre de 1901, 16 de Noviembre de 1902, 5 de Diciembre de 1903, 28 de Mayo de 1904 y la ya citada de 19 de Febrero de dicho año, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1902, en las cuales se establece la doctrina, común á la prenda y á la hipoteca, de que el pacto en virtud del cual el deudor concede al acreedor hipotecario el derecho de vender en pública subasta extrajudicial la cosa hipotecada para hacerse pago de la deuda, no implica apropiación de aquélla, sino sólo

una derivación de la facultad concedida á los contratantes en el artículo 1255, cuya facultad no es contraria á la ley, porque lo único vedado por ésta consiste en que el acreedor pueda, por sólo la falta de pago, adquirir la propiedad de la cosa dada en hipoteca, y tampoco es contraria á la moral, porque lo autorizado por el Código civil en cuanto al acreedor pignoraticio, no puede estimarse injusto con respecto al acreedor hipotecario, sobre todo si el deudor conviene en tal forma de pago. Pero si bien es lícito dicho pacto, es condición indispensable para su validez, según las citadas decisiones, que la enajenación se verifique *precisamente* con sujeción á los requisitos y formalidades que se determinan en el art. 1872, siendo nulo el pacto de que el acreedor pueda vender los inmuebles hipotecados sin dar cuenta al prestatario, y con sólo el anuncio de la subasta en los periódicos de la localidad.

Los que opinan que no debe estimarse facultado al acreedor hipotecario para proceder á la venta extrajudicial de las fincas hipotecadas, se fundan en que debe ser inexcusable en la enajenación de tales fincas el procedimiento judicial, por ser éste la garantía de los segundos y posteriores acreedores hipotecarios, á los que se da por dicho procedimiento determinada intervención en ciertos trámites del mismo, especialmente en el avalúo; pero la Dirección de los Registros, en la resolución ya citada de 21 de Octubre de 1901, declaró que dicha razón no podía oponerse á los fundamentos legales de la validez del pacto que autoriza al acreedor para proceder á la venta extrajudicial, en su caso, porque siendo público el Registro de la propiedad para todos los que puedan tener interés en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales inscritos en el mismo, y pudiendo enterarse, por consiguiente, dichos segundos acreedores de la expresada convención, cuando ésta ha sido establecida, es indudable que si, á pesar de esto, optan por constituir dicha hipoteca posterior, han de subordinar á aquélla sus derechos, quedando privados por su propia voluntad de intervenir en la venta extrajudicial de los bienes.

Además de esta consideración, cuya fuerza y fundamento no pueden desconocerse, tiene declarado también la misma Dirección en su resolución de 12 de Julio de dicho año *que no existe razón alguna que impida á las partes* el pactar que, de no verificarse el pago en el plazo estipulado, pueda vender el acreedor en pública subasta la finca hipotecada, ó adjudicársela si no diere resultado dicha subasta, pues lo único que prohibe la ley es que el acreedor se apropie las cosas dadas en prenda ó en hipoteca ó disponer de éstas; *y no debe entenderse por ello que se halle también prohibido dicho pacto,* «sino que antes bien el citado art. 1872 autoriza expresamente este procedimiento con relación á la prenda, aunque no se haya pactado expresamente», y «al autorizarlo el Código en dicho análogo caso, determina y sanciona la perfecta licitud y validez jurídica de dicho pacto».

La misma doctrina se estableció en la resolución ya citada, de 21 de Octubre de 1901, publicada en la *Gaceta* de 8 de Noviembre siguiente, en la que además de la declaración que ya tenemos expuesta en refutación del argumento aducido en apoyo de la opinión que estima necesaria la venta judicial en todo caso tratándose de fincas hipotecadas, se consigna, como razones favorables para la validez del pacto mencionado, que «los requisitos exigidos para llevar á efecto la enajenación extrajudicial, son garantía cierta de que mediante ellos, no puede ser expoliado injustamente el deudor», y que «lo que es justo, tratándose de la prenda, aun sin convención de las partes, no ha de reputarse injusto con relación á la cosa hipotecada, cuando las partes por su voluntad así lo determinan».

Mayor confirmación recibió dicha doctrina en la Resolución de 16 de Noviembre de 1902, en la que, después de mantenerse la perfecta validez del pacto de que venimos ocupándonos, quedó terminantemente reconocido el derecho de los dueños de las fincas hipotecadas para transmitir libremente el dominio de las mismas al acreedor hipotecario en pago de su crédito, sin necesidad de ningún trámite ni requisito. En efecto, en escritura de préstamo con hipoteca, constituída en la misma para la seguridad del

débito, se consignó la estipulación siguiente: «Si transcurrido un año á contar desde esta fecha, no se hubiese devuelto la cantidad prestada, el prestatario promete otorgar escritura pública de venta en favor del prestamista de las dos fincas descritas con los números 2 y 3 por el precio de 4.000 pesetas; y en caso de incumplimiento de esta obligación, podrán ser compelidos á ello mutuamente ante los Tribunales.»

El Registrador de la propiedad denegó la inscripción en cuanto á las fincas indicadas, por estimar que esa estipulación era contraria á lo dispuesto en el art. 1859 del Código civil, contra cuya negativa interpuso recurso gubernativo el Notario autorizante. Confirmada dicha nota por el Juez delegado, el Presidente de la Audiencia revocó este acuerdo, y llevado el asunto á la Dirección de los Registros, declaró inscribible la escritura citada, estableciéndose, entre otros fundamentos de dicha resolución, que «lo que la ley prohibe, es la apropiación ó la disposición de las cosas hipotecadas por parte del acreedor hipotecario, y que si el deudor puede legalmente vender al acreedor la finca hipotecada por el precio y con las condiciones que estimen oportunas, lo cual no ha sido nunca puesto en duda, no hay razón de ninguna clase para que no pueda otorgarle del mismo modo promesa de venta».

Es decir, que si las partes indicadas convienen desde luego en la escritura de constitución de la hipoteca, la venta ó la mera promesa de venta de la finca hipotecada á favor del acreedor, para el caso de que no se satisfaga á su tiempo la obligación asegurada con ella, estipulando las condiciones de la enajenación, puede ésta llevarse á efecto sin inconveniente jurídico alguno por la mera falta de pago sin necesidad de la previa subasta ni de ningún otro requisito ó formalidad alguna; pero si en vez de convenirse la enajenación, tan sólo se estipula el pacto de que por el incumplimiento de la obligación garantida con la hipoteca pueda á su vencimiento el acreedor vender la finca gravada, entonces habrán de cumplirse las prescripciones establecidas para la venta de la cosa prendada en el artículo que examinamos.

Así resulta de la Resolución de la Dirección tantas veces citada fecha 5 de Diciembre de 1903, en la que se declara que, si bien es lícito en el contrato de hipoteca el pacto de que si al vencimiento de la deuda no es satisfecha ésta pueda el acreedor proceder ante Notario á la enajenación de la finca hipotecada, es condición indispensable para su validez que la enajenación se verifique con sujeción á los requisitos y formalidades que para la prenda se determinan en el art. 1872 del Código civil, conforme al cual ha de hacerse la enajenación precisamente en subasta pública con citación del deudor, y también, en su caso, del dueño de la cosa que haya de ser enajenada.

La misma doctrina, aunque con mayor expresión, se estableció en Resolución de 28 de Mayo del año siguiente. En escritura otorgada en 20 de Mayo de 1902, se hizo constar un contrato de préstamo de 1.500 pesetas, garantizándose su devolución con hipoteca de varias fincas, y entre las condiciones de dicho contrato se estipuló que en todos los casos en que con arreglo á las cláusulas de la escritura tuviera derecho el acreedor para reclamar el pago, pudiera promover para ello la venta en pública subasta extrajudicial de las fincas hipotecadas ante Notario de su elección, sujetándose para ello á lo establecido en el art. 1872 del Código civil, sirviendo de tipo para la subasta el valor dado á las fincas en su descripción y el mismo valor con la rebaja de un 25 por 100 para la segunda, facultándose además, especialmente al acreedor, para que rematadas así las fincas ó cualquiera de ellas, pudiera formalizar el título traslativo de su dominio, cuya facultad había de estimarse como parte integrante del derecho hipotecario constituído, mientras la hipoteca no fuera cancelada, y para el caso de que no hubiera postores en la primera y en la segunda subasta, se dispuso se entendiera transmitido al acreedor por el deudor desde la fecha de la escritura para entonces, el dominio de las citadas fincas por el importe total de su crédito como precio, y bastante la presentación de la copia de la escritura, de las actas de subasta sin efecto y de otra en que se hiciera constar la aceptación de la compra, para causar

en el Registro de la propiedad la inscripción ó inscripciones de dominio pertinentes, todos los efectos que procedieran.

Hemos querido exponer en sus principales detalles las cláusulas de la escritura otorgada en el caso á que nos referimos, para que se vea hasta qué grado pueden llegar las combinaciones en la contratación para ahorrar trámites, diligencias y gastos en la realización de los bienes del deudor, y además, al efecto de que pueda comprenderse mejor todo el alcance de la doctrina sentada.

Presentada dicha escritura para su inscripción, fué denegada ésta por lo que respecta á las estipulaciones citadas, fundándose para ello el Registrador en que la autorización concedida era nula, porque la facultad de vender las fincas hipotecadas corresponde exclusivamente á los Tribunales de justicia por los trámites del juicio ejecutivo. Confirmada la nota por el Juez delegado, el Presidente de la Audiencia desestimó el recurso interpuesto contra dicho acuerdo, pero la Dirección de los Registros, vistos los artículos 1116, 1255, 1258, 1859, 1872, 1873 y 1880 del Código civil, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1902, y las Resoluciones de dicho Centro de 28 de Noviembre de 1893, 12 de Julio y 21 de Octubre de 1901, 5 de Diciembre de 1903 y 19 de Febrero de 1904, declaró inscribible *en todos sus extremos* la escritura mencionada, por los fundamentos siguientes:

1.° Por ser doctrina constante de dicha Dirección, sentada en las Resoluciones expuestas que es válido el pacto en que se faculta al acreedor para proceder extrajudicialmente á la venta de las fincas hipotecadas, y hacerse pago de su crédito si se ajusta á lo dispuesto en el art. 1872 del Código civil; y

2.° Porque tal doctrina está expresamente confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1902, que proclama la validez del repetido pacto.

El deudor ó el dueño de los bienes hipotecados, en el caso de que no pertenezcan á aquél, ¿podrá autorizar al acreedor para vender *privadamente* los bienes afectos á la hipoteca? De ningún

modo. En efecto: en todas las Resoluciones que hemos citado, se reconoce la validez de la autorización en cuanto se ajuste á las prescripciones del artículo que comentamos, que impone como requisito preciso para la validez de la enajenación que se lleve á efecto en pública subasta, ó sea públicamente, y por lo tanto, en ningún caso podrá prescindir el acreedor de dicho requisito impuesto por la ley para evitar los perjuicios que en otro caso podrían causarse al deudor.

Así lo tiene declarado también de una manera expresa y terminante la Dirección de los Registros tantas veces citada por Resolución de 19 de Febrero de 1904, en la que decidiendo otro recurso análogo á los antes mencionados, estableció la doctrina de que «es formalidad sustancial de las enajenaciones reguladas por el art. 1872 (de aplicación á las hipotecas), la de que éstas se verifiquen en subasta pública y con citación del deudor». Por lo tanto, no puede prescindir el acreedor de la pública subasta, de la citación del dueño y de la intervención del Notario aunque estuviese autorizado para ello, pues dicha autorización sería nula con arreglo á derecho, y no podrían surtir efecto alguno.

Esos requisitos y formalidades exigidos por este artículo son, como dice la Dirección mencionada en sus resoluciones citadas, «garantía cierta de que mediante ellos no puede ser expoliado el deudor con inmoral enriquecimiento del acreedor», y «lo que es justo, tratándose de la prenda, no ha de reputarse injusto con relación á la cosa hipotecada».

La necesidad de la concurrencia de esos requisitos consistentes en la celebración de subasta pública y de la previa citación indicada, tanto en la prenda como en la hipoteca, se halla sancionada también por el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de Noviembre de 1902, en la que terminantemente se declara que «es un pacto inmoral aquel en que se estipula que el acreedor pueda apropiarse de la cosa dada en prenda como si le fuera vendida, por el solo transcurso del término del contrato de préstamo, porque siendo nulo dicho pacto en cuanto al acreedor hi-

potecario (art. 1884), no hay fundamento racional para que pueda estimarse lícito con respecto al acreedor pignoraticio, el cual, á falta de otras condiciones válidamente pactadas, no puede prescindir para la enajenación de la prenda de los términos prescriptos en el art. 1872, que si constituye derecho concedido al acreedor, es también garantía del deudor que no puede perderla por la sola voluntad de aquél, ó pactando lo que es ineficaz en derecho».

De cuanto llevamos dicho acerca de la aplicación del precepto de este artículo al acreedor hipotecario, podemos deducir como conclusión, que, á pesar de no existir disposición especial alguna en el capítulo consagrado al contrato especial de hipoteca que haga extensivo á él dicha disposición, puede, sin embargo, el acreedor proceder válidamente á la venta de las fincas hipotecadas en los términos expuestos en el presente artículo, siempre que exista pacto expreso que le autorice para ello; pero de no existir tal pacto, no tendrá otro medio para conseguir la realización de su crédito, en el caso de que no fuere satisfecho á su vencimiento, que pedir la venta judicial de los bienes afectados con la garantía.

A esto no obsta la consideración alegada por algunos, de que hallándose para la ley en igualdad de circunstancias el acreedor hipotecario y el prendario, y siendo lícito y permitido á éste proceder á la enajenación extrajudicial de las cosas dadas en prenda, *aunque no exista pacto expreso que le autorice para ello*, por ser una facultad inherente al contrato de prenda, debiera igualmente permitirse á aquél dicha venta sin necesidad de que se le conceda autorización especial, por ser también un derecho esencial de la garantía constituída por la hipoteca la realización de los bienes gravados con ella. Pero á poco que se fije la atención en la distinta clase de bienes destinados en uno y otro caso á asegurar el cumplimiento de la obligación principal ó la realización y efectividad del crédito que la misma constituye, se comprenderá la razón de la diferencia y su plena justificación.

En efecto; la índole especial de los inmuebles, las mayores

garantías que requiere su transmisión, y la superior cuantía é importancia de los perjuicios que en dicho caso podrían ocasionarse al dueño de los bienes hipotecados por los abusos á que puede dar lugar la venta extrajudicial, aconsejan la limitación en la facultad mencionada autorizándola tan sólo en el caso en que el hipotecante haya prestado su conformidad expresamente, porque entonces todos los daños y todos los perjuicios que le puedan sobrevenir tienen que ser imputados á sí mismo por efecto de su propia voluntad, aceptándolos desde luego al conceder dicha autorización.

III. *Concordancias.*—Hechas las indicaciones que preceden y sin entrar en mayor explicación del precepto del artículo que examinamos, por resultar innecesaria dada la claridad de sus términos, réstanos indicar algunas de las principales concordancias que el mismo tiene con las prescripciones de las diversas legislaciones extranjeras, pudiendo citar como concordantes con él, entre otros, los artículos 2078 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 1884 del de Italia, el 863 del de Portugal, el 1917 del de Méjico, el 2267 del del Uruguay, el 2397 del de Chile, el 2005 y 2006 del de Guatemala, el 2265 del de Veracruz-Llave, el 3132 del de la Luisiana, el 1800 del de la Baja California, el 1200 del de Holanda y el 1917 del de Campeche.

ARTÍCULO 1873

Respecto á los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, que por instituto ó profesión prestan sobre prendas, se observarán las leyes y reglamentos especiales que les conciernan y subsidiariamente las disposiciones de este título.

Como hemos visto en el comentario anterior, las reglas establecidas en el art. 1872 vinieron á simplificar considerablemente la casuística legislación anterior en la que, aun concediendo en todo caso al acreedor el derecho de vender la cosa dada en pren-

da, se le sujetaba á grandes dificultades y trabas, especialmente cuando no se había pactado expresamente la facultad para enajenar ó existía estipulación en contrario (1); pero, á pesar de las facilidades otorgadas para la realización del crédito prendario mediante la potestad concedida para la enajenación de la prenda, aun sin necesidad de autorización expresa, la ley no pudo menos de sancionar y reconocer dos excepciones indispensables de la norma general establecida, derivada, una, de la naturaleza ó carácter especial de los bienes dados en prenda, y la otra, de la cualidad ó condición benéfica de la entidad en cuyo favor se constituía la prenda en determinados casos.

La primera de dichas excepciones es cuando la prenda consista en valores cotizables, en el cual, la especialidad de la excepción consiste en que las formalidades fijadas como regla general para la venta de los bienes prendarios, se han de modificar conforme á las disposiciones del Código de Comercio, enajenándose dichos valores en Bolsa con intervención de Agente donde la hubiere, ó de Corredor de comercio en otro caso, si se tratase de efectos públicos ó simplemente por mediación de dicha clase de Corredores si fueran valores mercantiles ó industriales los que constituyeran la garantía, aunque también pueden intervenir dichas operaciones los Agentes de cambio y Bolsa.

El segundo de los casos de excepción reconocidos por la ley, tiene lugar cuando la prenda es constituída en favor de los Montes de Piedad ó de cualquier otro establecimiento público que por instituto ó por profesión realicen operaciones de préstamos sobre prendas.

De la primera de dichas excepciones se ocupa en su último párrafo el artículo precedente, estando consagrado á la regulación de la segunda el que ahora nos corresponde examinar.

Según él, dichos institutos ó establecimientos habrán de regirse, en primer término, no sólo para la venta de la garantía,

(1) Véase ley 42, tit. 13 de la Partida 5.ª

sino también para todos los demás efectos del contrato de prenda, por las leyes y reglamentos especiales que les conciernan y subsidiariamente por las disposiciones del presente título. Es decir, que las prescripciones del Código sólo quedan en dicho caso como legislación supletoria, viniendo á ser en lo demás la disposición de este artículo un precepto de pura referencia, que es reproducción del principio consignado en el art. 1757 con relación al contrato de préstamo, en cuyo comentario nos ocupamos ya de la razón de las especiales reglas que rigen dicho contrato, cuando éste se lleva á efecto en concepto de prestamista por los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos de dicha índole.

Téngase en cuenta lo expuesto en dicha ocasión para evitar repeticiones, y recuérdese también lo dicho en explicación del precepto correspondiente del art. 464, según el cual, los dueños de las cosas pignoradas en los citados Montes, establecidos con autorización del Gobierno, no pueden obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que las hubiere empeñado, sin reintegrar antes al prestamista la cantidad del empeño y los intereses vencidos; privilegio concedido á dichos institutos ó establecimientos en consideración á los fines benéficos á que obedece su constitución, no persiguiéndose un lucro ó beneficio personal en las operaciones que realiza.

No hemos de examinar ahora si son útiles ó perjudiciales las instituciones á que venimos refiriéndonos, pues esta materia es en absoluto extraña á nuestro trabajo; pero por lo que puede interesar para la justa apreciación de los motivos que hayan podido aconsejar al legislador sustraer de las reglas generales del derecho los efectos de los contratos de prenda celebrados con las mismas, no podemos menos de indicar que ha sido y es bastante discutida, no sólo la disposición citada, sino también la utilidad de dichos establecimientos, considerándolos algunos como viejas instituciones, llamadas de caridad, que si bien remedian algunas miserias individuales, perpetúan la miseria general de las clases trabajadoras, favoreciendo la imprevisión de

las mismas y sus gastos desordenados (1). Por el contrario, otros las estiman altamente beneficiosas, por los fines morales á que obedecen y por librar de las exigencias y de los inconvenientes de la usura al necesitado, diputándolas merecedoras de eficaz protección por parte del legislador en consideración á los beneficios que á la sociedad reportan.

En este criterio se han inspirado casi todos los Códigos, en los cuales se observa algún precepto análogo. Francia, por ejemplo, le hace extensivo también á los asuntos de comercio, diciendo: «Las disposiciones hasta aquí expuestas (las relativas al contrato de prenda) no son aplicables, ni á las *materias de comercio,* ni á las *casas de préstamos sobre prenda autorizadas.*»

En el mismo sentido se expresa el Código italiano, según el cual las disposiciones relativas á la prenda no derogan las leyes y reglamentos particulares concernientes á las materias comerciales y á los institutos autorizados para hacer préstamos sobre prenda.

Lo propio podemos decir del Código de Holanda, del de Bélgica, del del Uruguay y de algunos otros. El proyecto de Código de 1851 propuso también un precepto idéntico en su art. 1781.

La redacción dada en nuestro derecho á la disposición que examinamos, ha hecho desaparecer las dudas que algunos tratadistas extranjeros exponían á propósito de esta materia, y dada la claridad de sus términos, no creemos que pueda ofrecer dificultad alguna su inteligencia. Sin embargo, una cuestión puede suscitarse acerca de la extensión que debe merecer la interpretación del precepto contenido en este artículo.

Refiérese éste á los Montes de Piedad y á los demás establecimientos *públicos* que por instituto ó profesión presten sobre prendas. Necesitando éstos la autorización correspondiente, sus estatutos ó reglamentos son aprobados por la autoridad y sus disposiciones derogan las normas del derecho común en cuanto en ellos esté regulado de distinto modo; pero constituyendo el

---

(1) V. Laurent, obra y tomo citados, pág. 449.

derecho común la regla general y esas disposiciones especiales la excepción, estas últimas han de ser interpretadas siempre en sentido restrictivo, y en caso de duda deben prevalecer á ellas dicha regla general. En nuestra jurisprudencia no se ha presentado esta cuestión, que sepamos, pero en la italiana la encontramos resuelta, en los mismos términos que hemos indicado, por una sentencia del Tribunal de Casal (1) de 9 de Septiembre de 1875.

Las disposiciones reglamentarias, por las que se rigen los Montes de Piedad y que deben aplicarse en estos casos, son su Reglamento de 23 de Enero de 1873 y los Estatutos aprobados para el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid por Real decreto de 13 de Julio de 1880, y en cuanto á los préstamos con pignoración ó garantía de efectos públicos llevados á cabo por el Banco de España, habrán de tenerse en cuenta los Estatutos de dicho establecimiento de crédito de 10 de Agosto de 1875 y su Reglamento de 1.º de Mayo de 1876.

Concordancias.—El presente artículo concuerda con el 2084 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1890 del de Italia, con el 1207 del de Holanda, con el 2271 del de Veracruz-Llave, con el 2277 del del Uruguay, con el 1809 del de la Baja California, con el 1926 del de Campeche, con el 1954 y 2138, respectivamente, de los antiguos Códigos napolitano y sardo, con el 1926 del de Méjico y con algunos otros, en todos los cuales se consigna análoga disposición.

CAPÍTULO III

De la hipoteca.

Como ocurre con la prenda, la hipoteca tiene diversas acepciones en el tecnicismo jurídico, correspondientes á los tres diversos conceptos en que puede ser considerada. Se da, en efec-

(1) V. Racc XXVIII, 2, 141.

to, este nombre, unas veces al derecho real derivado de ella, otras, á la garantía misma constituída por la hipoteca ó á los bienes sobre los que se establece, y más amplia y generalmente se designa con dicha denominación al contrato de hipoteca, en cuanto es considerada como una de las convenciones especiales admitidas por la ley para el aseguramiento de una obligación principal, siendo este el concepto en el que nos corresponde examinar ahora dicha institución, conforme al epígrafe del título 15 de este libro, del cual forma parte el presente capítulo.

Limitadas á dicho concepto estas indicaciones, tenemos que prescindir, por lo tanto, de cuanto se refiere á la hipoteca como derecho real y como garantía determinada, así como de sus relaciones con otras instituciones propias de nuestro derecho civil, todo lo cual queda reservado á la ley Hipotecaria, en cuyos preceptos se halla ampliamente regulado; pues, como veremos más adelante, por la excepcional importancia y por el trascendental interés que en la vida jurídica de los pueblos modernos tiene la materia relativa la hipoteca se ha considerado más conveniente que la inclusión de sus disposiciones en el Código civil, el que rija como tratado especial y adicional al mismo la indicada ley, que tan profunda reforma introdujo en nuestra antigua legislación.

Pero aun dentro del concepto concreto de la hipoteca como contrato, objeto único de este capítulo, se ha limitado el Código á consignar los principios generales relativos á los tres elementos esenciales y diferenciales de esta determinada convención, hallándose, en su consecuencia, sometido á las prescripciones de la citada ley Hipotecaria todo lo referente á la forma, á la extensión y á los efectos de la hipoteca, así como á su constitución, modificación y extinción y á las demás consecuencias jurídicas de la misma, no comprendidas en los preceptos del Código, según se establece en el art. 1880. Y al proceder de ese modo los autores de dicho cuerpo legal no hicieron otra cosa que aportar á él, con arreglo á la base 26 de la ley de 11 de Mayo de 1888, las doctrinas propias de la legislación hipotecaria, que

constituía á la sazón el derecho vigente, sin introducir alteración alguna en ellas, como demostraremos en el sucesivo examen de las disposiciones contenidas en los seis artículos que constituyen el capítulo que ahora estudiamos.

Determinada en el anterior y en otras distintas ocasiones las diferencias que distinguen la hipoteca de la prenda, y caracterizada ya ésta en todos sus elementos, fácil es al presente definir el contrato de hipoteca, entendiéndose por tal aquel en que el deudor asegura al acreedor el cumplimiento de una obligación principal, afectando especialmente á la seguridad de la misma bienes inmuebles ó derechos reales impuestos sobre ellos para el caso de que no sea cumplida dicha obligación en el plazo estipulado.

Diferénciase el contrato de hipoteca del de prenda: 1.°, por razón de las *cosas* objeto del mismo, puesto que sólo puede versar sobre bienes inmuebles; 2.°, *por las relaciones derivadas entre el acreedor y el hipotecante,* toda vez que aquél no entra en posesión de la cosa sobre la que se constituye la garantía, como sucede en la prenda, en la que necesariamente tiene que desprenderse de dicha posesión el dueño de la cosa prendada; y 3.°, *por la forma de su constitución,* pues como previene el art. 1875, para que quede válidamente constituída la hipoteca, es preciso que se inscriba en el Registro de la propiedad, y para ello es indispensable que conste en documento *auténtico.*

Estos caracteres son también los que distinguen el contrato de hipoteca de las demás convenciones análogas, y por eso á ellos principalmente se contraen las disposiciones de este capítulo, si bien se extienden igualmente sus preceptos á algunos otros determinados efectos de la hipoteca, relativos á la eficacia y extinción de la garantía constituída por ella y á las reglas especiales para la transmisión del crédito asegurado.

Habiéndose limitado el Código á estas especiales prescripciones, refiriéndose en lo demás á las de la ley Hipotecaria, debiéramos prescindir de todas aquellas consideraciones que sugiere el concepto de la hipoteca en su sucesivo desenvolvimiento

en nuestro derecho; pero no podemos menos de exponer algunas indicaciones para facilitar la inteligencia de los preceptos de que más adelante hemos de ocuparnos.

Nuestras antiguas leyes reconocieron y sancionaron tres clases distintas de hipotecas, como sucedía con la fianza, distinguiéndolas con las mismas denominaciones que ésta, á saber: *voluntarias* ó *convencionales, legales* y *judiciales,* puesto que, al igual de dicha institución, reconocían como fuentes ú orígenes de ella el pacto, la ley ó el mandato del Juez ó de los Tribunales; pero los Códigos modernos no conceden el carácter de verdaderas hipotecas á las llamadas judiciales; y á las legales, en vez de su primitivo carácter, le dan forma distinta, reduciéndolas al derecho, reconocido á aquellas personas en cuyo favor las establecía la ley, para pedir la constitución de una hipoteca expresa y especial para la garantía de sus derechos.

Las hipotecas judiciales, tales como las establecieron el Derecho romano, y en nuestra legislación las leyes de Partidas, que de aquél las tomaron, eran más bien una prenda especial, parecida á la *prenda pretoria,* faltándoles para constituir verdaderas hipotecas el carácter distintivo de ellas, por virtud del cual se crea un derecho real á favor del acreedor, sin despojar al deudor de la posesión de los bienes sobre los que se establece la garantía, la cual habría de ser impuesta independientemente de la voluntad de éste, en virtud de acuerdo ó mandato judicial. Con estos sus propios caracteres sólo las encontramos en Francia, en donde fueron conocidas desde el siglo XVI, hasta que se suprimieron en 1850, cediendo á los clamores de la opinión, potentemente manifestada por los más eminentes jurisconsultos en aquellas célebres discusiones de la Asamblea legislativa del mes de Diciembre de dicho año, por no estar fundada en razón jurídica alguna, y por no constituir otra cosa que un premio concedido por la ley al acreedor más exigente.

Respondiendo á ese mismo criterio de la doctrina generalmente admitida á la sazón, desaparecieron también de nuestro derecho dichas hipotecas al redactarse la ley Hipotecaria, si

bien sus autores no dejaron por ello de adoptar las precauciones convenientes para poner al acreedor á cubierto de los fraudes del deudor, sustituyéndolas con las *anotaciones preventivas,* por cuyo medio procuraron conseguir que, sin perder el acreedor su derecho y sin perjudicar á otros, tuvieran las terceras personas que concertaran nuevas relaciones jurídicas con el deudor los medios necesarios para conocer la situación de sus bienes inmuebles. El deudor continúa poseyendo sus bienes, pero no puede disponer de ellos en perjuicio del acreedor, porque lo impide la *anotación* tomada, y ésta, á su vez, advierte á los terceros que con aquél contraten las responsabilidades á que están afectos, haciendo que en ningún caso pueda ser sorprendida la buena fe de los mismos.

Esas *anotaciones preventivas,* establecidas por la ley en sustitución de las hipotecas judiciales, pueden tener dos objetos: asegurar las resultas de un juicio, impidiendo que el deudor, fraudulentamente, se constituya en insolvencia para burlar la acción del acreedor, ó hacer constar públicamente la existencia de ciertos derechos, que por no ser todavía definitivos ó por cualquiera otra circunstancia, no están en condiciones de inscribirse en el Registro como verdaderos derechos reales. Y todo lo relativo á la determinación de los casos en que pueden tener lugar, así como á la forma y efectos de su constitución, regulado se halla en la ley Hipotecaria, á la cual nos remitimos, porque dados los breves términos en que tendríamos que hacer el estudio de dicha materia, resultaría éste por demás incompleto.

Descartada de nuestra legislación esta clase de hipotecas, quedan, como únicamente reconocidas por la misma, las voluntarias y las legales; pero en cuanto á éstas, debemos advertir que, si bien no se ha alterado ni su nombre ni su origen, en cambio se ha transformado radicalmente su naturaleza, su extensión y sus efectos. Por interés social ó en defensa de personas desvalidas, las antiguas leyes las instituyeron con el carácter de tácitas y generales, constituyéndose sin intervención de las personas con ellas obligadas y por el solo mandato de la ley.

Su objeto, como ha dicho un autor, era sujetar directamente los bienes de una persona al cumplimiento de determinadas obligaciones; y se constituían de dos distintas maneras: unas, que no tenían entre sí más prelación que la de la antigüedad de su fecha, y otras, por el contrario, que revestían especial preferencia sobre todas las demás que no fueran igualmente privilegiadas.

Á partir de la ley Hipotecaria desaparecieron, si no en absoluto, con relación á los intereses particulares que con ellas se garantizaban, convirtiéndose de generales y ocultas en especiales y expresas; y el Código civil ha venido á confirmar aun más dicha transformación, pues, según el precepto consignado en el párrafo 2.° de su art. 1875, que vino á sancionar en este punto la doctrina establecida por la citada ley, las personas á cuyo favor se establece esta clase de hipotecas, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento é inscripción del documento en que hayan de formalizarse. Por lo tanto, se equiparan á la voluntaria ó convencional, en que ya no se imponen por ministerio de la ley ni pesan de una manera indeterminada sobre la generalidad de los bienes del obligado, sino que, por el contrario, es éste el que las constituye, y únicamente gravan aquéllos que especialmente fueren determinados por el hipotecante; y si conservan el nombre de legales es por razón de su origen, puesto que proceden de un mandato de la ley, que ordena su constitución.

Sin embargo, todavía subsisten algunas que, en cierto modo, conservan su primitivo carácter de tácitas, según veremos oportunamente, puesto que el Código no ha podido menos de reconocer, por razones que en su lugar expondremos, las excepciones admitidas por la legislación hipotecaria en favor del Estado, de las provincias y de los pueblos, así como en el de los aseguradores, dentro de ciertos y especiales términos, si bien despojándolas de la generalidad de su afección y limitando ésta á bienes determinados y conocidos.

Habiendo perdido las condiciones de su peculiar especialidad las hipotecas legales para convertirse casi totalmente en

voluntarias, queda limitado á estas últimas por tal motivo el estudio de dicha institución; pero aun dentro de este concepto todavía se reduce más la materia objeto del capítulo cuyas disposiciones vamos á examinar.

En efecto; según las define la ley (1), son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes ó las impuestas por disposiciones del dueño de los bienes sobre que se constituyen. Es decir, que pueden proceder de títulos distintos: la convención ó el testamento, teniendo su origen, unas, en acto entre vivos, y otras, en una disposición de última voluntad. En uno y otro caso la hipoteca tiene su fundamento en la voluntad del hipotecante, espontáneamente manifestada, y por eso la ley Hipotecaria denominó voluntarias á las nacidas de ambas fuentes jurídicas, apartándose de la denominación de convencionales, con que distinguían á las hipotecas voluntarias nuestro antiguo derecho y algunos Códigos extranjeros, entre ellos el francés, en cuya denominación no se hallan realmente comprendidas las constituídas, no por la convención de las partes, sino por la sola voluntad del testador.

De esas dos especies de hipotecas, que conjuntamente reciben por la ley el nombre de voluntarias, sólo hemos de ocuparnos ahora de las que tienen su origen en la convención, puesto que el presente capítulo, como todos los demás del título de que forma parte, únicamente se contraen á los contratos especiales de garantía, uno de los cuales es el de hipoteca.

Determinados así los límites de la materia objeto de nuestro actual estudio, podemos ya pasar al examen respectivo de cada uno de los artículos de dicho capítulo.

---

(1) V. art. 138 de la ley Hipotecaria.

ARTÍCULO 1874

Sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca:
1.º Los bienes inmuebles.
2.º Los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.

I. *Inteligencia, antecedentes y fundamento del precepto de este artículo.*—En el contrato de hipoteca, lo principal, lo que más importa determinar y lo que mayor interés despierta en su estudio, es el objeto y la materia del mismo, ó sea el punto relativo á los bienes sobre los que puede ser constituída, pues, como tenemos ya expuesto, este elemento de dicho contrato es uno de los que especialmente le caracterizan y distinguen.

Por eso el Código, en el primero de los artículos de este capítulo, se cuida de determinar con toda precisión y claridad cuáles son los que pueden ser objeto de dicho contrato; y según él, únicamente se hallan en dicho caso los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, que hubieren sido impuestos sobre dicha clase de bienes.

Al establecer este precepto los autores del nuevo cuerpo legal, se limitaron á reproducir lo que sancionado estaba ya por el art. 106 de la ley Hipotecaria, que, según hemos dicho en otra ocasión, vino á poner término á la confusión introducida por el derecho romano y aun por la legislación de Partidas, entre la prenda y la hipoteca en cuanto á la materia ú objeto de dichos contratos, determinando de una manera absoluta y precisa la distinción existente entre los mismos.

Al ocuparnos de esta cuestión en el capítulo precedente, expusimos ya las razones en que se funda esa exigencia de la ley, y no necesitamos por lo tanto insistir sobre ello; pero si alguna duda pudiera haber, bastaría á disiparla la consideración aducida por el ilustre jurisconsulto portugués Díaz Ferreira, quien, comentando los arts. 889 y 890 del Código de dicha nación, demuestra que sólo pueden ser objeto de la hipoteca los bienes in-

muebles, porque los muebles no tienen la estabilidad ni la permanencia ni la individualidad que caracterizan á los inmuebles, y que son necesarias para servir de base á un derecho real. La hipoteca de los bienes muebles, añade, dejaría al adquirente de los mismos, siempre expuesto á ejecuciones imprevistas de acreedores hipotecarios, con graves dificultades para el comercio.

Y no pueden menos de tener dicho carácter de permanencia los bienes objeto de la hipoteca, pues si ésta asocia los bienes del deudor ó de un tercero al cumplimiento de la obligación, cual ha dicho un expositor del nuevo derecho, es evidente que necesitan tener la debida estabilidad y permanencia aquellos con que se asegure dicho cumplimiento, porque en otro caso quedaría ineficaz tal garantía, y dejaría de cumplir la hipoteca su fin si aquéllos pudieran desaparecer, ocultarse ó transmitirse fácilmente sin la carga por su cualidad moviliaria. La hipoteca debe seguir constantemente á los bienes hipotecados, y esto no puede tener lugar en los bienes muebles, los cuales no son susceptibles de inscripción por su propia naturaleza.

La ley equipara á los bienes inmuebles para este efecto con los derechos reales impuestos sobre los mismos, siempre que fueren *enajenables* con arreglo á las leyes. Esta enajenabilidad es una condición común á todos los bienes hipotecables, aunque el Código no lo dice, porque no pueden ser objeto de contrato alguno, según el art. 1271, los bienes en general que estén fuera del comercio de los hombres, cualesquiera que sean su condición y su clase, y además porque, conforme al art. 4.º, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, encontrándose en este caso la hipoteca de aquellas cosas cuya enajenación estuviere prohibida por la misma, puesto que la hipoteca como la prenda entraña una especie de enajenación, y por eso se requiere en el núm. 3.º del art. 1857 que el que constituya dichos contratos tenga la libre disposición de sus bienes, ó que se halle legalmente autorizado al efecto en el caso de no tenerla.

Algunos Códigos imponen expresamente la necesidad de que los bienes hipotecables no estén fuera del comercio de los hom-

bres. Así sucede, por ejemplo, en el de Portugal, en cuyo artículo 889 terminantemente se exige dicho requisito, pero el nuestro omitió por innecesaria su expresión, porque resultaría una redundancia injustificada, toda vez que los preceptos antes indicados bastaban para evitar toda duda acerca de ello; y si al hacer mención de los derechos reales que pueden ser objeto de hipoteca añadió la cualidad de enajenables, fué para que no se confundieran con otros que por su condición puramente personal, ó por otras especiales circunstancias, no son susceptibles de enajenación. Sirva de ejemplo la servidumbre. Véase el comentario del art. 534.

La doctrina del art. 106 de la citada ley Hipotecaria continúa subsistente, pues la Dirección general de los Registros tiene declarado, en Resolución de 12 de Diciembre de 1902, que el art. 1874 del Código civil se limita á reproducir el 106 de la ley Hipotecaria, *sin introducir innovación alguna.* Si, pues, no ha establecido modificación de ningún género el Código en lo que constituía el estado de derecho anterior á su publicación, debemos estar á lo resuelto por la legislación hipotecaria en las dudas que se susciten respecto á los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de hipoteca. Esta regla es de gran interés, pues como veremos más adelante, puede ocurrir alguna dificultad en la inteligencia de dicha cuestión, nacida de la extensión dada por el art. 334 del Código al concepto de bienes inmuebles. Como veremos más adelante, lo mismo el Código que la ley Hipotecaria, se refieren á los bienes que son inmuebles por su naturaleza, y á los derechos reales impuestos sobre los mismos bienes, y enajenables con arreglo á las leyes. En este segundo extremo, la ley Hipotecaria irremediablemente se refería á las leyes vigentes en la época de su publicación, y el Código civil á las aplicables con arreglo á sus mismos preceptos, ó á otras especiales. No hay que olvidar que la hipoteca es un desprendimiento de derechos, una forma de enajenación, y por lo tanto, que antes como hoy, lo que no se puede enajenar no se puede hipotecar, y por el contrario, hoy como antes, cuanto

sea susceptible de enajenación ha de ser susceptible de hipoteca.

II. *¿Qué bienes pueden ser hipotecados?*—El citado art. 106 de la ley Hipotecaria, y de acuerdo con ella el que comentamos, se limitan á decir que sólo pueden ser objeto de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables impuestos sobre ellos; pero entiéndase bien, que el precepto consignado en dichos artículos no establece como regla general y sin excepción el principio absoluto de que todos los bienes inmuebles y todos los derechos reales de la clase indicada sean hipotecables, pues, por el contrario, existen algunos que sólo pueden ser hipotecados con determinadas restricciones, y otros que en modo alguno pueden ser objeto de hipoteca.

Por lo tanto, la regla establecida en el art. 1874 del Código, está condicionada por los artículos 107 y 108 de la ley Hipotecaria, como lo estaba el 106 de dicha ley, del cual es reproducción el que examinamos, toda vez que, según la declaración consignada en la Resolución citada, aquél no ha introducido innovación alguna en el concepto y extensión de dichos preceptos, en cuya virtud hay que reconocer como subsistentes las limitaciones relativas y absolutas, causa de la condicionalidad de la disposición del mencionado art. 106, consignadas en los artículos 107 y 108 de la misma ley Hipotecaria en cuanto no obedecieran á preceptos de derecho civil, entonces vigentes, y hoy claramente derogados.

Según el primero de estos artículos, sólo pueden hipotecarse con las restricciones que á continuación se expresan, los bienes y derechos siguientes:

1.º El edificio construído en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto á tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado.

2.º El derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo

usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario; pero si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluído á no mediar el hecho que le puso fin. Este precepto obedecía á la prohibición existente en nuestro derecho anterior, de enajenarse el derecho de usufructo, permitiéndose sólo el de percibir los frutos. Habiendo hoy desaparecido esta sutileza, y enajenable el derecho de usufructo con arreglo al art. 480 del Código, es desde luego hipotecable, si bien con la restricción consignada en el citado número 2.° del art. 107 de la ley Hipotecaria.

3.° La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.

4.° Los bienes anteriormente hipotecados, puesto que la nueva hipoteca ha de depender siempre de la anterior. Por lo tanto, podrán ser hipotecados dichos bienes, aunque lo estén ya con el pacto de no volverlos á hipotecar, siempre que quede á salvo la prelación que tuviere para cobrar su crédito aquel á cuyo favor esté constituída la primera hipoteca.

Conforme con la limitación indicada, tiene resuelto la Dirección general de los Registros, con fecha 12 de Noviembre de 1880, que cuando por consecuencia de la prelación consignada en el art. 2.°, regla 2.ª del Real decreto de 20 de Mayo de 1880 en favor del primer acreedor hipotecario, se enajena judicialmente la finca ó derecho gravado, se cancelarán, á instancia del que resulte dueño, las inscripciones de crédito hipotecario extendidas á favor de los segundos ó posteriores acreedores, bastando para ello presentar mandamiento en que se ordene la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta no bastó para cubrir el crédito del primero ó que el sobrante, si lo hubo, se consignó á disposición de los acreedores posteriores. Esa preferencia del primer gravamen legalmente impuesto sobre un inmueble, que constituye uno de los princi-

pios generales consignados en la ley Hipotecaria, ha sido reconocida en la Resolución de 12 de Diciembre de 1902 antes citada, aun en el caso de existir otros créditos hipotecarios anteriores, cuyos títulos no hubieran sido inscritos ó lo hubiesen sido con posterioridad.

5.º Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, puesto que la hipoteca que sobre ellos se constituyera no puede perjudicar el de los demás partícipes en la propiedad, cuyo derecho ha de quedar á salvo en la constitución de dicha hipoteca para que la misma sea eficaz. Respecto de los derechos de aprovechamiento de agüas, hay declaración expresa hecha por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Diciembre de 1887, que los declaró hipotecables.

6.º Los ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, cuya explotación haya concedido el Gobierno por diez años ó más, y los edificios ó terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados á aquellas obras, debiendo quedar pendiente la hipoteca de la resolución del derecho del concesionario en el primer caso.

7.º Los bienes pertenecientes á personas que no tengan la libre disposición de ellos, en los casos y con las formalidades que prescriben las leyes para su enajenación.

En cuanto á la venta de los bienes de menores, conviene tener en cuenta que la Dirección general de los Registres, en Resolución de 15 de Octubre de 1902, ha establecido la doctrina de que no es necesario, para la eficacia de la enajenación, que la subasta se celebre ante Notario ó ante la Autoridad judicial, bastando que la venta se haga en pública subasta, puesto que no hay precepto alguno que establezca como requisito esencial de dicho acto, la intervención de tales funcionarios, si bien debe hacerse constar en la escritura haberse llevado á cabo la venta en pública subasta, así como la autorización del consejo de familia para realizarla.

8.º El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pen-

diente de la resolución del mismo derecho la que se constituye sobre él.

9.° Los bienes vendidos con pacto de retroventa ó á Carta de gracia, si el comprador ó su causahabiente limita la hipoteca á la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, á fin de que si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin el consentimiento del acreedor, á no preceder para ello precepto judicial, ó si el vendedor ó su causahabiente hipoteca lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso, el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados, sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria.

10. Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se hubiere anotado preventivamente, ó si se hiciera constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los dos casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito, sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en el mismo fuera del hipotecante.

Á su vez, el art. 108 de la repetida ley declara no hipotecables:

1.° Los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que los produzca.

2.° Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, á no ser que se hipotequen juntamente con dicho edificio.

3.° Los oficios públicos.

4.° Los títulos de la Deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las obligaciones y acciones de Bancos, empresas ó compañías de cualquiera especie, entre las cuales deben contarse las acciones de las compañías mercantiles, según se halla declarado en Resolución de 17 de Abril de 1876.

5.° El derecho real en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aun inscritas á favor del que tenga el derecho á poseer.

6.° Las servidumbres, á menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.

7.° El derecho á percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto.

8.° El uso y la habitación.

9.° Las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva aunque estén situadas en terreno propio.

En cuanto á los números 1.°, 2.°, 6.° y 9.° de los consignados en el citado art. 108 más que verdaderas excepciones de la regla general establecida en el 106 y reproducida en el que examinamos, ó prohibiciones del derecho de hipotecar, son casos especiales en los que hay que atender á la concurrencia de determinada circunstancia para la constitución de la hipoteca, la cual ha de depender del cumplimiento de dicho requisito. En ellos se ve que el fundamento de la excepción deriva, no sólo del principio reconocido en la anterior legislación y sancionado en el núm. 2.° del art. 1857 del Código, de que la cosa hipotecada debe pertenecer al que la hipoteca, ora sea el verdadero deudor, ora un tercero, sino también de la conocida regla de derecho, de que lo accesorio como son los derechos citados en dichos números, debe seguir á lo principal, que es el dominio integral de la finca á que afectan ó de que forman parte.

Así es que aun cuando el art. 334 del mismo cuerpo legal comprende entre los bienes inmuebles á los frutos pendientes mientras estuvieren unidos á la tierra ó formaren parte integrante de un inmueble (1), y á todo lo que esté unido á un inmueble de una manera fija, de tal modo que no pueda separarse

(1) V., núm. 2.° del citado art. 334.

de él sin quebrantamiento de la materia ó deterioro del objeto (1), así como á las estatuas, relieves, pinturas ú otros objetos de uso ú ornamentación colocados en edificios ó heredades, en forma que revele el propósito de unirlos permanentemente al fundo (2), y las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de la finca á la industria ó explotación que se realice en la misma, y que directamente concurran á satisfacer las necesidades de su explotación (3), no pueden ser hipotecados aisladamente ninguno de los bienes citados *á pesar de su cualidad de inmuebles,* sino que ha de extenderse á ellos la hipoteca que en tales casos se constituya sobre el predio ó edificio de que forman parte ó al que se hallan incorporados.

No obsta á esto el que el Código en el presente artículo no establezca limitación ni excepción alguna, en cuanto á los bienes inmuebles que pueden ser objeto de la hipoteca.

No faltará quizás quien entienda que, siendo posterior el Código civil á la ley hipotecaria, deben estimarse modificados por él los preceptos de la misma, y en su virtud opine que, no existiendo en dicho Código disposición alguna que limite los amplios términos del núm. 1.° del artículo que examinamos, debe considerarse como hipotecables sin limitación alguna todos, absolutamente todos, los bienes calificados de inmuebles por el art. 334 antes citado, con tanto más motivo cuanto que, según los términos del 1880, lo que queda sometido á las prescripciones de la ley Hipotecaria es meramente lo relativo á la forma, extensión y efectos de la hipoteca, á su constitución, modificación y extensión, así como á lo demás que no hubiere sido expresamente comprendido en este capítulo. Pero el error en que se incurriría al sostener dicha opinión es bien patente y notorio, pues el objeto del artículo citado no es declarar cuáles bienes son hipotecables, sino sancionar, en justa correspondencia á lo establecido para

---

(1) V., núm. 3.° del mismo artículo.

(2) V., núm. 4.° del mismo artículo.

(3) V., núm. 5.° del mismo artículo.

la prenda, el principio de que la hipoteca sólo puede tener por objeto bienes inmuebles y derechos reales de la clase en él expuesta, sin que haya razón razón alguna para suponer que haga extensiva la condición de hipotecables á todos los bienes y derechos mencionados, sino que en este punto se refiere, como en todo lo no previsto en el capítulo, á lo establecido en la ley hipotecaria *la cual declara vigente* al final del mismo art. 1880, invocado como fundamento de tal inteligencia. Aparte de esto, aún antes del Código se establecía la distinción de los inmuebles según que lo fueren por su naturaleza, por su incorporación, ó por su destino, á pesar de lo cual, sólo se entendieron como hipotecables los inmuebles por naturaleza. Y por otra parte, no es dudoso que los inmuebles por destino ó incorporación por su cualidad accesoria, se hipotecan con lo principal, y nunca sepa rados ó independientes, porque mientras permanecen unidos á los inmuebles por naturaleza no tienen existencia independiente, y cuando de hecho se separan, dejan de ser tales bienes inmuebles.

Lo establecido en los números 3.° y 4.° del art. 108, es una consecuencia del precepto consignado en el art. 4.° de la citada ley, y se funda en la condición moviliaria de dichos bienes. La excepción 5.ª trae su origen del principio esencialísimo de que los títulos que deben ser inscritos en el Registro no perjudican á tercero sino desde su inscripción, y la 8.ª de la naturaleza especial de los derechos de uso y de habitación á que se refiere.

Finalmente, en cuanto al usufructo concedido á los padres sobre los bienes de los hijos, subsiste y se halla en vigor, por las mismas razones antes indicadas, aun después de la publicación del Código civil, la prohibición establecida en el núm. 7.° del artículo 108 de la ley Hipotecaria, según lo declaró de una manera expresa y terminante la Dirección de los Registros, en la resolución de 12 de Diciembre de 1902, á que nos hemos referido antes, y de la cual nos ocupamos ya, aunque brevemente, en el comentario del art. 160.

En efecto, una madre hipotecó á la seguridad de un prés-

tamo el usufructo que le correspondía en varios bienes de sus hijos menores de edad, sometidos á su patria potestad. Presentada á la inscripción la escritura correspondiente, el Registrador la denegó, por estimar, entre otras razones, que dicho usufructo no era hipotecable con arreglo á lo preceptuado en el párrafo 7.º del art. 108 de la ley Hipotecaria, denegándose también dicha inscripción en otro registro por la razón expuesta, y además, porque aun cuando no existiera la prohibición citada, tampoco podría inscribirse, porque el usufructo no es susceptible de hipoteca, sino que lo que se puede gravar es el derecho á percibir los frutos en el usufructo, según lo dispuesto en el apartado 2.º del art. 107 de dicha ley.

El Notario autorizante de la escritura, sosteniendo la opinión antes rebatida por nosotros de la eficacia derogatoria del Código en esta materia, interpuso recurso fundado entre otros motivos, en los siguientes: 1.º, en que el núm. 7.º del art. 108 de la ley Hipotecaria tiene carácter sustantivo y las disposiciones de esta clase no reproducidas en el Código civil han quedado derogadas, conservando solamente dicha ley su carácter formal determinado en el art. 33 de la misma; 2.º, en que con arreglo al art. 1880 del mismo Código, dicha ley continua vigente en lo relativo á la hipoteca, solamente en lo que no haya sido regulado en el cap. 3.º, tít. 15, libro 4.º del mismo, en cuyo capítulo se halla comprendido el art. 1874, que declara hipotecables los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes impuestos sobre bienes inmuebles, y como el art. 480 autoriza la enajenación del derecho real de usufructo sin distinguir entre el constituído por la ley ó por la voluntad de los particulares ó por prescripción, de ahí que el usufructo legal sea en la actualidad enajenable por el principio que dice *ubs lex non distinguet, etc.*; 3.º, en que evidencia asimismo esa derogación, el que en dicho artículo de la ley Hipotecaria se prohibe igualmente hipotecar el usufructo que las leyes ó fueros especiales concedían al cónyuge superviviente sobre los bienes del difunto, y al regularse en el Código la cuota vidual se permite no sólo su re-

nuncia gratuíta, sino también su compensación por una cantidad en metálico ó por determinados bienes; y 4.º, en que á más de esto existen diferentes preceptos del Código civil, de los que se deduce que los padres pueden disponer de dicho usufructo, y así el art. 1403 incluye entre los gananciales los frutos de los bienes de los hijos usufructuados por los padres, autorizando el 1413 al marido para disponer en absoluto de los bienes gananciales, de modo que no sólo pueden enajenar los que les correspondan por su usufructo, sino también los que pertenecen á la sociedad conyugal por el usufructo de la esposa sobre los bienes de sus hijos de anterior matrimonio.

El Registrador se opuso al recurso manteniendo la nota fundado: 1.º, en que según se consigna en la exposición de motivos de la ley Hipotecaria no puede enajenarse el usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de los hijos menores de edad, porque como derecho personalísimo no es comunicable ni transmisible, siendo parecida la condición de dichos usufructuarios á la de los alimentistas que lo son por condiciones nacidas de las relaciones de familia; 2.º, en que según el art. 171 del Código, pueden los Tribunales privar á los padres de la patria potestad y del usufructo de los bienes de sus hijos y holgaría esta facultad si tal usufructo fuera enajenable; 3.º, en que en ninguno de los artículos citados por el recurrente se establece que dicho usufructo sea hipotecable; y 4.º, en que la ley de bases para la formación del Código determina el criterio de mantener y desenvolver en él la doctrina de la ley Hipotecaria; criterio que tiene su sanción en los arts. 608, 1537 y 1880 del mismo Código, confirmándolo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1895, añadiendo además algunos otros fundamentos cuya exposición en nada afecta á la cuestión de que nos ocupamos.

El Juez delegado confirmó la nota denegatoria y la Audiencia el acuerdo de éste, y elevado el asunto á la Dirección, ésta resolvió en conformidad con ambos, estableciendo como principales fundamentos de su resolución los siguientes:

1.° Que según declara el art. 1880 del Código civil, continúan vigentes las prescripciones de la ley Hipotecaria en cuanto se refiere á la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como en lo relativo á la constitución, modificación y extinción y á lo demás no comprendido en el capítulo 3.°, título 15, libro 4.°.

2.° Que en ese capítulo no se comprende precepto alguno declarativo de que sea hipotecable el usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos, ya que el art. 1874, incluído en tal capítulo—, en el que el recurrente se fundaba para sostener que con relación á ese caso no rige la ley Hipotecaria—, se limita á reproducir el 106 de ésta, que declara que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes impuestos sobre los mismos inmuebles y por ello no introduce innovación alguna.

3.° Que el art. 480 del Código civil que permite al usufructuario enajenar su derecho de usufructo, sin distinguir entre el voluntario y el legal, no está comprendido en el referido capítulo, por lo cual no debe estimarse como derogatorio del artículo 107 de la ley Hipotecaria.

4.° Que, á mayor abundamiento, si bien el citado art. 480 no exceptúa expresamente el usufructo inherente á la patria potestad, al establecer que pueden enajenarse los derechos usufructuarios, el art. 1548 claramente lo excepciona al prohibir que el padre arriende los bienes de los hijos por más de seis años, equiparando sus facultades á las del Administrador que no tiene poder especial, pues esa limitación es incompatible con el precepto absoluto del 480, que permite la enajenación, ya que ésta es acto jurídico de mayor alcance que el arrendamiento, forma en muchos casos de mejor y más ventajoso aprovechamiento y disfrute de la propiedad; y la incompatibilidad de ambos preceptos demuestra que el legislador, al redactar el art. 480, partió de la base de que los derechos usufructuarios del padre no podían enajenarse; y

5.° Que dicha doctrina se halla confirmada por las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1892 y 27 de Septiembre

de 1893, que se inspiran en la naturaleza jurídica del derecho usufructuario que acompaña á la patria potestad, relacionándola con aquel deber que quien la ejerce tiene de alimentar y educar al menor; y si la jurisprudencia civil reconoce el mejor derecho del hijo frente á los acreedores del padre, no cabe dudar que, si se autorizara la libre enajenación de los derechos usufructuarios, aun en la natural condición de que pudieran rescindirse los contratos cuando el menor no obtuviera del padre los medios necesarios para la alimentación y educación, sobrevendrían tales perturbaciones á las relaciones de familia, que resultaría odioso el precepto que esa enajenación autorizara, y mucho menos cabe autorizarla mediante una interpretación violenta de los artículos del Código civil que se han mencionado.

Nos hemos extendido tanto en las exposiciones de los antecedentes y fundamentos de la resolución citada, no sólo por la importancia que tienen las declaraciones hechas en ella, sino también porque en las mismas se hallan recopiladas por decirlo así todas las razones aducidas por los mantenedores de las distintas opiniones expuestas respecto á la hipotecabilidad del usufructo mencionado; y además, y muy principalmente, porque da la norma para la interpretación del art. 1880 y para resolver por lo tanto los términos en que subsisten vigentes las prescripciones de la ley Hipotecaria.

Con relación al usufructo legal concedido al cónyuge viudo, véase lo expuesto en el comentario del art. 480.

Con relación á los bienes que pueden ser objeto del contrato de hipoteca, conviene también tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Abril de 1885 por la que se declaró que las paneras ó alfolís no pueden hipotecarse por tener la condición de mueble.

Réstanos indicar, para dejar terminada esta materia, que aun cuando las bienes sean hipotecables con arreglo á derecho, si estuvieren sujetos á condiciones resolutorias pendientes, sólo podrán ser hipotecados dejando á salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones y haciéndose en la inscripción corres-

pondiente expresa reserva del referido derecho, según se preceptúa en el art. 109 de la ley Hipotecaria, el cual regula también los efectos de la hipoteca en dicho caso en la forma siguiente:

1.° Si la condición resolutoria pendiente afectare á la totalidad de la cosa hipotecada, no se podrá enajenar ésta para hacer efectivo el crédito, sino cuando dicha condición deje de cumplirse y pase el inmueble al dominio absoluto del deudor; pero los frutos á que éste tenga derecho, se aplicarán desde luego al pago del crédito.

2.° Cuando la condición resolutoria afecte únicamente á una parte de la cosa hipotecada deberá enajenarse ésta judicialmente con la misma condición resolutoria á que esté sujeto el dominio del deudor y aplicándose al pago, además de los frutos á que tenga derecho, el precio de la venta; y

3.° Si antes de que ésta se consume, adquiere el deudor el dominio absoluto de la cosa hipotecada, podrá el acreedor repetir contra ella y solicitar su enajenación para el pago.

Lo dispuesto en dicho artículo es aplicable á los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente, á favor de personas que no hayan consentido la hipoteca de dichos bienes.

III. *Concordancias.*—Determinados ya los bienes que pueden ser objeto del contrato de hipoteca, quédanos únicamente por consignar las concordancias que tiene la disposición del presente artículo con nuestro antiguo derecho y con otras legislaciones.

Precedentes de la misma se encuentran en la ley 3.ª, tít. 6.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y en la 14, tít. 13 de la Partida 5.ª. El proyecto de Código de 1851 propuso precepto análogo, aunque limitado á los bienes inmuebles, en su art. 1784, y se halla en un todo conforme con el art. 106 de la ley Hipotecaria de la Península que corresponde al 120 de la de Cuba, y 114 de las de Puerto Rico y Filipinas.

En cuanto á los Códigos extranjeros concuerda el artículo que examinamos con el 1967 del de Italia, el 2118 de los de

Francia y Bélgica, el 2407 del de Chile, el 2287 del del Uruguay, el 889 y el 890 del de Portugal, el 2018 del de Guatemala, el el 3109 del de la República Argentina, el 2286 del de Veracruz-Llave, el 1942 del de Méjico, el 1825 del de la Baja California y algunos otros.

ARTÍCULO 1875

Además de los requisitos exigidos en el art. 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituída, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad.

Las personas á cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento é inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro.

I. *Fundamento jurídico de este artículo.*—Al estudiar el artículo 1857, vimos que eran requisitos esenciales, tanto del contrato de prenda como de hipoteca que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca, exponiendo entonces el fundamento á la razón jurídica de cada uno de dichos requisitos comunes. Pero, á más de ellos, por lo que se refiere á la hipoteca, exige el que ahora comentamos el especial de la inscripción en el Registro de la propiedad para que quede válidamente constituída la misma: cuya inscripción es una ineludible necesidad para que se realice el fin en que se inspira todo el sistema hipotecario.

No se limita á esa exigencia la presente disposición, sino que sintetizando además en este particular el espíritu de la ley Hipotecaria precisa y determina el nuevo carácter asignado en la misma á la hipoteca legal, así como los efectos á que queda reducida la misma. Y puesto que son dos puntos tan importantes

los que comprende el artículo, debemos ocuparnos de ello con separación para no confundir materias que de suyo son bien distintas.

a) Necesidad de la inscripción.—Conforme con la doctrina establecida en general en los artículos 23, 24 y 25 de la ley Hipotecaria, impone el Código, para la válida y eficaz constitución de la hipoteca, la necesidad de que el documento, en que se constituya, sea inscrito en el Registro de la propiedad correspondiente; y la razón de esa exigencia es obvia, porque si con el régimen hipotecario se trata de dar fijeza á la propiedad y publicidad á los actos y contratos que afecten al dominio y á los derechos reales impuestos sobre los bienes inmuebles, es de todo punto evidente que, constituyendo la hipoteca una carga real y efectiva que limita y grava el dominio de los bienes sobre los que se halla constituída, necesita ser consignada de una manera expresa en el mencionado Registro para que todos puedan conocer con la debida seguridad el estado verdadero de la propiedad de dichos bienes y no se infieran perjuicios á los contratantes con gravámenes ocultos de los mismos. Es, pues, una necesidad de la seguridad en la contratación, el fundamento jurídico de la inscripción de la hipoteca como de los demás gravámenes impuestos sobre el dominio; y corresponde al principio de publicidad que es una de las bases esenciales del sistema hipotecario vigente.

No siempre se ha estimado así, pues recorriendo la historia de la organización y desenvolvimiento de esta institución, se observan, desde luego, tres sistemas distintos en el régimen del derecho hipotecario, á saber: 1.º, el de la *clandestinidad* de las hipotecas; 2.º, el de la *publicidad* y *especialidad* de las mismas, y 3.º, el *mixto* de uno y otro.

El primero de ellos, en el cual quedan ocultas las hipotecas, pues como su nombre lo indica, no grava con la carga de una manera especial bienes determinados, sino que afecta á la generalidad de los del deudor, estuvo en uso entre los griegos y los romanos y aun subsistió durante muchos siglos en algunas

otras legislaciones; pero en la actualidad se halla completamente abandonado por todos los Códigos. Antes aún que estas hipotecas ocultas y generales, los romanos usaron, para garantir el cumplimiento de las obligaciones por medio de las seguridades de los bienes, el procedimiento llamado *prenda pretoria*, por virtud del cual se constituían dichos bienes en poder del acreedor entregándolos mediante su tradición; procedimiento onerosísimo para los acreedores y que hubo de cesar cuando el derecho dejó de ser formulario.

Entonces los romanos, á imitación de los griegos, para hacer constar las hipotecas y distinguir los bienes con ellas afectos, emplearon el medio de colocar en aquéllos algunos signos ostensibles, como carteles ó anuncios indicadores de las cargas con que se hallaban gravados para que todos tuvieran conocimiento de tales afecciones y no pudieran resultar perjudicados; pero desde luego se comprende los inconvenientes de dicho sistema y bien pronto hubo de desaparecer, adoptándose el principio de la constitución de las hipotecas por el pacto ó por la ley, y en su consecuencia, quedó establecido en dicha legislación el régimen de la *clandestinidad*, que por lo que respecta á las hipotecas legales, subsistió en nuestro derecho hasta la publicación de la ley Hipotecaria.

En Roma todas las hipotecas fueron ocultas y muchas también revistían el carácter de generales afectando en conjunto y sin especial determinación, todos los bienes del deudor, porque la insuficiencia de las especiales ocultas inspiró la idea de ligar á cada obligación toda la fortuna presente y aun la futura del obligado, para asegurar así mejor el crédito garantido por la hipoteca.

De dicha legislación las copiaron las Partidas con ambos caracteres, pero los pueblos reclamaron contra tan perjudicial sistema, y á petición de las Cortes de Toledo de 1539 y de Valladolid de 1555, los reyes D. Carlos y Doña Juana en 1558, dictaron la célebre ley 1.ª, título 16, libro 10 de la Novísima Recopilación, disponiendo en ella la creación de un registro de

censos, hipotecas y tributos donde constasen las cargas impuestas sobre la propiedad inmueble, si bien con carácter reservado, cuya disposición fué reproducida por Felipe V, en 1713, quedando definitivamente establecido el registro público de hipotecas, después de la Instrucción aprobada por Carlos III en 5 de Febrero de 1768. Desde entonces se impuso como obligatoria la inscripción de todo título en que resultara impuesta hipoteca, censo, tributo ó prestación real; se prohibió á los Tribunales admitir ó dar valor á los títulos no inscritos y se estableció un registro en cada cabeza de partido á cargo de los Escribanos del Ayuntamiento, abriendo un libro para cada localidad; y aunque este sistema era incompleto y defectuoso, subsistió hasta 1.º de Enero de 1863, en que empezó á regir la ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, que reformada en 3 de Diciembre de 1869 y en 17 de Julio de 1877, constituía con el Reglamento de 24 de Octubre de 1876, la legislación Hipotecaria vigente en la Península á la publicación del Código civil, la cual fué hecha extensiva á Cuba, Puerto Rico y Filipinas, con algunas modificaciones no sustanciales.

El segundo de los sistemas citados, ó sea el de la *publicidad* y *especialidad* de las hipotecas, llamado también alemán por ser oriundo de Alemania, asegura con toda eficacia las obligaciones y facilita el uso del crédito territorial, basándose sobre más sólido fundamento y ha sido admitido por la mayor parte de los pueblos modernos.

Ya en otra ocasión hemos indicado los inconvenientes del régimen de *clandestinidad,* y no tenemos que insistir sobre ello, bastando á nuestro objeto por ahora el indicar que frente al mismo y como medio de evitar sus perjudiciales consecuencias, se coloca por los autores el de publicidad, cuyas ventajas encarecen unánimemente, siendo seguido en Alemania, Italia y en algunas otras naciones, y admitido ya como el más conveniente por la comisión redactora del proyecto de Código de 1851, en las numerosas é importantes disposiciones del título 19 de su libro 3.º, destinadas á la organización y desenvolvimiento de un

plan completo de la materia hipotecaria, que sirvió de norma en algunos puntos á los autores de la ley de 1861.

Pero la *publicidad* por sí sola no bastaría á producir los resultados apetecidos, los cuales quedarían por completo anulados si continuara la *confusión* derivada de las hipotecas generales que afectaban la totalidad de los bienes del deudor, y por eso se consideró como necesario complemento de aquel principio el de la *especialidad,* sin el que sería imposible conocer la situación verdadera de los bienes inmuebles que hubieran de ser objeto de una obligación de garantía determinada, teniendo que recaer el contrato de hipoteca por dicho motivo sobre predios cuya extensión y libertad fueran completamente desconocidos. Por eso en Alemania, cuna de dicho sistema, se ha llevado el rigor de la *especialidad* de las hipotecas hasta el último límite, pues allí puede decirse que cada finca presenta en el registro público un verdadero balance de su situación.

En el Código civil del Imperio de 18 de Agosto de 1896, vigente desde 1.° de Enero de 1900, esperado con verdadera ansiedad por los jurisconsultos de las diversas naciones por la trascendental reforma introducida al unificar las legislaciones de los diversos Estados, fué objeto de especial reglamentación la hipoteca, estando consagrados á ella los arts. 1113 á 1190 ambos inclusive; pero en la imposibilidad de descender nosotros al estudio detallado de sus preceptos, nos limitamos á exponer como resumen conciso de los mismos, que en ellos ha tenido perfecto desarrollo y ordenada regulación, partiendo siempre de los principios indicados de la *publicidad* y *especialidad,* bases cardinales también de nuestra legislación hipotecaria como tenemos ya indicado.

Finalmente, el sistema *mixto* participando de los dos anteriores, y combinándolos en la legislación, proclama por regla general la publicidad y la especialidad, pero aparte de ese principio, admite la existencia de hipotecas tácitas ú ocultas y generales en consideración á determinados intereses ó á la naturaleza privilegiada y especial de los derechos garantidos por ellas. Este

es el sistema seguido en España desde el siglo XVI hasta la publicación de la ley Hipotecaria y en Francia hasta 4 de Abril de 1850, no faltando en nuestro país, en las consultas formuladas como preparación de la reforma, quien abogara por la *publicidad* y la *especialidad* en tanto que no amenguase la protección debida á los menores y á la mujer casada.

Al exponer los sistemas indicados, hemos ido haciendo á la vez la crítica de los mismos, y desde luego aparece como una condición esencial del régimen de *publicidad* y *especialidad*, reconocido como el más conveniente y adecuado dentro de las modernas teorías del derecho, la necesidad de la inscripción en el Registro de la propiedad ordenada en el párrafo 1.° del artículo que examinamos, lo cual á su vez, requiere que toda hipoteca sea constituída en escritura pública como exige en general el artículo 1280 del Código civil, en su núm. 1.°, para todos los actos y contratos que tengan por objeto la creación, modificación ó extinción de derechos reales sobre los bienes inmuebles. Y no puede menos de ser así, porque sin dicho requisito ni puede ser inscrito el derecho de hipoteca, ni surte éste más efecto entre las partes contratantes que el de una mera promesa.

Cierto es que son títulos inscribibles en el Registro no sólo las escrituras públicas, sino también las consignadas en ejecutoria ú otro documento auténtico expedido por autoridad judicial ó por el Gobierno ó su agentes en la forma prescrita por las leyes, según se establece en el art. 3.° de la ley Hipotecaria, tantas veces citada; pero en cuanto á la hipoteca, ese precepto hay que entenderlo limitado por el 146 de la misma que preceptivamente dispone que las hipotecas voluntarias se convengan ó se manden constituir en escritura pública. Expresamente dicho artículo 146 se refiere sólo á las hipotecas voluntarias. En cuanto á las legales, ya el párrafo segundo del 1875 del Código, habla de documento, y no de escritura. Y es que, aparte de la hipoteca en favor del Estado, y de los aseguradores, que no requiere documento alguno, existen reglas especiales sobre forma de constitución en la hipoteca por bienes reservables, y no cabe

olvidar lo preceptuado por el Código sobre capitulaciones matrimoniales, ni el art. 595 de la ley de Enjuiciamiento criminal, según el cual, pueden constituirse *apud acta* las fianzas de los procesados para asegurar las responsabilidades á que pueda haber lugar.

La inscripción ordenada por el párrafo 1.° del presente artículo, es reproducción de lo ordenado, en cuanto á la hipoteca en general, en el núm. 2.° del art. 2.° de la citada ley, y respecto á las voluntarias en el núm. 2.° también del artículo 146 de lamisma. El Código, pues, no parece introducir novedad ni modificación alguna respecto de este particular.

Así lo declara el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Diciembre de 1903, en la que terminantemente se reconoce «que la ley Hipotecaria tampoco varía las reglas de la legislación civil (en esta materia), limitándose sólo á agregar á ellas las derivaciones de los preceptos de la publicidad y especialidad de las hipotecas sobre las que restableció el crédito territorial, por lo que el art. 1875 del Código civil para sancionar la adición y hacer patente la armonía entre ambas legislaciones, satisfaciendo el objeto principal de la Hipotecaria, dispone que á los demás requisitos establecidos por la civil ha de agregarse, para que la hipoteca quede válidamente constituída, el de la inscripción del documento en el Registro de la propiedad».

Igualmente tiene proclamada la inscripción el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de Noviembre de 1901, en la que se declara: «que la hipoteca especial otorgada para sustituir á la general y tácita, no produce este efecto si no se inscribe en el Registro de la propiedad, porque únicamente queda constituída con validez cuando se cumple dicho requisito, según el art. 1875 del Código civil, y de modo análogo ordenaban para la Contaduría de hipotecas las leyes del tít. 16, libro 10 de la Novísima Recopilación».

Pero, aunque en estas dos sentencias, se establece sólo una regla general; en ambas, así como en el art. 1875, se repite, que

la hipoteca ha de inscribirse, para que se considere válidamente constituída.

Basta comparar este precepto con el del 146 de la ley Hipotecaria, para comprender que entre uno y otro existe una diferencia importantísima. La ley Hipotecaria exige el requisito de la inscripción para que la hipoteca, pueda *perjudicar á tercero.* El Código lo establece como condición indispensable para la validez del acto lo que es ir mucho más allá, porque sin la inscripción, la hipoteca resulta nula, aun en las relaciones entre las partes. Si se suscita cuestión entre varios interesados, todos ellos sin título inscrito, no debe perderse de vista este precepto del Código que castiga la falta de inscripción de la hipoteca con la pena de nulidad de la misma, privando de garantía al acreedor descuidado que dejó de inscribir.

Queda, pues, debidamente explicada la necesidad del requisito especial de la inscripción exigido en primer lugar por el artículo que comentamos.

b) Carácter actual de las hipotecas legales.—En la introducción al presente capítulo dijimos que, por razón de su origen, las hipotecas podían ser voluntarias y legales, existiendo en las antiguas leyes aún otra clase determinada distinta, la judicial, que ha desaparecido en el moderno régimen convirtiéndose en las llamadas anotaciones preventivas.

Entonces indicamos también que antes de la publicación de la ley Hipotecaria, las hipotecas legales se caracterizaban por su cualidad de tácitas, de necesarias y de generales, las cuales, sin constar en ningún documento propio ni referirse á bienes determinados ni aun ciertos y conocidos, sujetaban todos los de una persona en favor de otra, constituyendo un privilegio odioso y altamente perjudicial para la contratación, pues con dicho sistema el comprador ó el acreedor hipotecario estaban expuestos siempre á la aparición de una hipoteca oculta cuya existencia no había medio de conocer; pero que con la promulgación de la indicada ley se rompieron las antiguas tradiciones, si bien con especial cuidado se procuraron conservar los beneficios con-

cedidos por las antiguas leyes á las personas en cuyo favor establecieron dichas hipotecas, sin perjudicar por ello la publicidad que la propiedad debe tener para que se cumplan los fines de la legislación hipotecaria.

Consecuencia de ello fué la subsistencia de las hipotecas legales; pero con un nuevo carácter, pues de afecciones ocultas y generales debían pasar á convertirse en públicas y especiales, mediante el ejercicio del derecho concedido para ello á los poseedores de aquéllas.

Por eso en el párrafo segundo del presente artículo, se determina que las personas á cuyo favor establece la ley una hipoteca, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento y la inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca. Es decir, que en la actualidad, y lo mismo sucedía á partir del 1.º de Enero de 1863 en que empezó á regir la ley Hipotecaria, el tener hipoteca legal es tener, no la afección ó la carga real sobre los bienes del deudor de la obligación garantida ó asegurada con ella ni la hipoteca *ya constituída,* sino únicamente el derecho de obligar á otro para que la constituya. El que tiene ese derecho puede exigir su cumplimiento en cualquier tiempo, siempre que no se haya extinguido la obligación que se ha de asegurar, y una vez constituída surte los mismos efectos que la voluntaria, y además los especiales que la ley determina para cada una de ellas, sin más excepciones que las expresamente fijadas por la misma, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que confiera la hipoteca correspondiente, según se declara en el art. 161 de la ley tantas veces citada. Y podrá pedir que dicha hipoteca especial se constituya sobre cualesquiera bienes inmuebles ó derechos reales de que pueda disponer el obligado á prestarla, con tal que sean enajenables, sin tener que limitarse á determinados bienes de ellos ni á clase especial alguna.

Según hemos indicado, puede hacer esto en cualquier tiempo mientras esté subsistente la obligación que ha de ser garantida, sin que sea obstáculo para ello el haber cesado la causa que diere

fundamento á la hipoteca, como el matrimonio, la tutela, la patria potestad ó la administración (1).

Los obligados á constituir dichas hipotecas, si no las prestaren voluntariamente, bien de una manera espontánea, bien á requerimiento particular de los que tienen derecho á exigirlas, podrán ser compelidos judicialmente á ello, y tanto en el caso en que se acuerde su constitución á instancia de parte, como el en que se haga de oficio, ha de instruirse un expediente gubernativo, en el que oyendo á las personas interesadas y con presencia de los títulos en que funden su derecho, y teniendo en cuenta la extensión de la obligación cuyo cumplimiento se asegura, y los bienes y derechos que posea el obligado, se fijará la cantidad que ha de asegurar la hipoteca y se calificará la suficiencia ó insuficiencia de la que se ofreciere.

Así se establece en los artículos 165 y 166 de la ley Hipotecaria, en los que se consignan las reglas á que han de ajustarse dichos expedientes en uno y otro caso. Sin embargo, según previene el art. 167, las disposiciones de esos dos han de entenderse sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en el 194 respecto de las hipotecas por bienes reservables, así como las relativas á las fianzas de los tutores, y no serán aplicables á la hipoteca legal á favor del Estado, de las provincias ó de los pueblos, sino cuando los reglamentos administrativos no establecieren otro procedimiento para exigirla.

Es efecto especial de estas hipotecas, derivado de la especialidad también de los intereses y derechos amparados con ellos por el legislador, el que admitan ampliación, si en cualquier tiempo llegaren á ser insuficientes los bienes sobre que se constituya, en cuyo caso podrán reclamar dicha ampliación, ó deberán pedirla los que, con arreglo á esta ley, tengan respectivamente el derecho ó la obligación de exigirlas y de calificar su suficiencia (2).

---

(1) Véase los artículos 160 de la ley Hipotecaria y 116 á 119 del reglamento para su ejecución.

(2) Véase art. 163 de la ley Hipotecaria.

Excusado es decir que no puede estimarse constituídas válida y eficazmente las hipotecas legales mientras no se inscriba en el Registro el título en que se constituyan. Este es un requisito común á todas las hipotecas, cualquiera que sea su clase, como tenemos ya dicho en el apartado anterior; pero además lo exige también especialmente, respecto de las legales, el art. 159 de la ley Hipotecaria que, como es sabido, continúa vigente en lo que no haya sido derogada de una manera expresa por el presente capítulo.

Las hipotecas legales, tales como fueron confirmadas por la ley Hipotecaria, son las siguientes:

1.ª Las que los maridos deben constituir en favor de sus mujeres para garantizar la obligación de restituir las dotes que les hubieren sido entregadas solemnemente bajo fe de Notario, así como las arras, donaciones que dichos maridos hubieren ofrecido dentro de los límites legales á sus mujeres ó por los parafernales, ú otros bienes que éstas hubiesen aportado al matrimonio y entregado á aquéllos con las mismas solemnidades para su administración.

2.ª Las que los padres deben prestar en favor de los hijos con sus bienes propios para la seguridad de los que deben reservales y de los del peculio de éstos.

3.ª La que deben dar los padrastros sobre sus bienes propios en favor de los hijos de un matrimonio anterior para garantizar la administración de la madre por los bienes de los indicados hijos que hubiere administrado ó administre, ó por los demás que deba reservarles ésta. Esta hipoteca, como es lógico, sólo puede exigirse cuando no se haya prestado por los padres la prevenida en el número 2.º

4.ª Las que deben constituir los tutores en favor de los menores é incapacitados por razón de su cargo, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el mismo les impone.

5.ª Las que deben prestar en favor del Estado, de las provincias ó de los pueblos, los que contraten con ellos ó administren sus intereses para asegurar las responsabilidades que con-

trajeren con arreglo á derecho, ó las que tiene la Hacienda sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos; y

6.ª Las que tienen los aseguradores sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y si fuere mutuo el seguro, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho.

Sólo podrán ejercitar el derecho á que se refiere el párrafo 2.º del art. 1875 del Código, los interesados comprendidos taxativamente en alguno de los seis números que quedan expuestos, ó aquellos que á la publicación de la ley Hipotecaria tenían á su favor alguna de las hipotecas legales tácitas establecidas por la legislación anterior á la misma de las mencionadas en el art. 354, pues dichas hipotecas pueden subsistir con el mismo carácter, en virtud de lo dispuesto en el art. 355, hasta que no se sustituyan por otra especial, mientras duren las obligaciones que garantizaran, conforme tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Noviembre de 1901.

Las hipotecas que en dicho caso se encuentren son las reconocidas por la legislación anterior al 1.º de Enero de 1863, en los casos siguientes: 1.º, en favor de las mujeres casadas por la dote y parafernales entregados; 2.º, en favor de las mismas por las dotes y arras ofrecidas; 3.º, en favor de los hijos sobre los bienes de los padres, por los que tengan la cualidad de reservables; 4.º, en favor de los mismos sobre los bienes de los padres por los de su peculio, que éstos usufructúen ó administren; y 5.º, las hipotecas análogas establecidas por los fueros ó leyes especiales. En todos esos casos las hipotecas antiguas subsistirán con su primitivo carácter, á no ser que por la voluntad de las partes ó la del obligado se sustituyan por hipoteca especial, aprovechando el derecho concedido en el artículo que examinamos, y antes en el 158 de la ley tantas veces citada, ó que siendo mayores de edad la mujer casada ó los hijos presten su consentimiento para que la hipoteca legal se extinga, reduzca, subrogue ó posponga; si bien en lo relativo á la mujer casada se

aplicará lo dispuesto en el art. 188, ó, por último, cuando dejen de tener efecto, en cuanto á tercero, las hipotecas legales, en virtud de providencia dictada en el juicio de liberación establecido en el art. 365 y siguientes de dicha ley.

Réstanos indicar que el precepto consignado en la primera parte del párrafo 2.º del presente artículo es reproducción de la doctrina sancionada en los arts. 158 y 159 de la ley Hipotecaria; pero la disposición del Código amplía las prescripciones de dichos artículos, con la salvedad hecha en el mismo en cuanto á las hipotecas á favor del Estado, de las provincias y de los pueblos ó de las Compañías aseguradoras, pues respecto de ellas queda á salvo lo dispuesto acerca de las mismas en la ley Hipotecaria, y, por consiguiente, no rige en tales casos con el mismo rigor absoluto el principio que reduce las hipotecas legales á un mero derecho para pedir el otorgamiento é inscripción del documento en que se constituya la especial que ha de asegurar los intereses ó derechos garantidos por aquéllas.

La razón de esa diferencia estriba en que por las condiciones especiales de las obligaciones á que corresponden no es fácil ni aun hacedero sin gran trastorno el promover la constitución de la hipoteca especial, fuera de los casos establecidos en el art. 217, y para evitar ese grave inconveniente la ley la reputa establecida, viniendo á convertirse más bien en una prelación otorgada por la misma sobre determinados bienes, á cuyo efecto consigna las declaraciones contenidas en los arts. 218 y 220 de la citada ley Hipotecaria, y en los núms. 1.º y 2.º del 1923 del Código. Por eso decíamos en la introducción á este capítulo que en cierto modo subsisten algunas de las hipotecas tácitas antiguas, aunque no con el carácter de generales, sino afectando especialmente ciertos bienes, de los que se derivan las obligaciones que garantizan.

En resumen: en los preceptos del artículo objeto de nuestro actual examen se ha venido á sintetizar los dos principios cardinales de la legislación hipotecaria: el de la *publicidad,* en el párrafo primero, exigiendo, como requisito especial de la hipo-

teca, preciso para su eficacia, la inscripción en el Registro de la propiedad, cuyos asientos son públicos y están abiertos á todo el que tenga interés en conocerlos, y el de la *especialidad*, en el segundo, poniendo término mediante él á las hipotecas generales que afectaban á la totalidad de los bienes del obligado.

Concordancias.—Determinados ya el concepto y los justos límites de las disposiciones de este título, réstanos indicar sus concordancias principales, y para no hacer más extensa su exposición, bastará citar, como concordantes con él, los siguientes: el 1965 del Código de Italia, el 949 del de Portugal, el 2016 del de Méjico, el 1224 del de Holanda, el 2065 del de Guatemala, el 2115 del de Francia, el 2279 del del Uruguay, el 2016 del de Campeche y el 2410 del de Chile.

ARTÍCULO 1876

La hipoteca sujeta directa é inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituída.

ARTÍCULO 1877

La hipoteca se extiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, ó en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar á manos de un tercero.

I. *Efectos especiales de la hipoteca.*—En estos dos artículos consigna el Código los efectos especiales propios de la hipoteca, y excusado es decir que, limitados sus preceptos á las reglas generales ó á los principios fundamentales y esenciales que la de-

terminan, preciso es acudir á las disposiciones de la legislación hipotecaria, como ampliación y complemento de lo expuesto en ellos, para la resolución de todas aquellas cuestiones no reguladas expresamente en este capítulo.

El primero de dichos artículos es copia exacta, salvo ligera variante de redacción, del art. 105 de la ley Hipotecaria, y en cuanto al segundo, las mismas disposiciones se encuentran comprendidas en los artículos 110 y 111 de dicha ley. La materia, por lo tanto, no es nueva ni ha venido á introducir innovación alguna en este punto el nuevo cuerpo legal.

Ha dicho un autor, que los caracteres que distinguen principalmente la hipoteca, son tres: 1.°, la adherencia á la finca; 2.°, la indivisibilidad, y 3.°, su extensión; y estos mismos son también los que determinan los efectos de dicho contrato.

Por el primero de ellos, la carga constituída por la hipoteca sigue constantemente á la finca, y con ella pasa aun á persona distinta de la obligada, subsistiendo con la misma hasta la extinción de la obligación asegurada, cualquiera que sea el poseedor de los bienes gravados con la hipoteca. Esa cualidad, ó mejor dicho, esa unión que la ley supone entre el derecho hipotecario ó la acción nacida de la hipoteca y la finca sobre la cual se halla constituída ésta, es uno de los efectos especialísimos del contrato que examinamos, el más importante y principal, y por virtud de él, la hipoteca sujeta directa é inmediatamente los bienes hipotecados al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea el poseedor de los mismos.

Ya el art. 105 de la ley Hipotecaria sancionó el mismo principio en análogos términos, y al confirmarlo ahora el Código no ha hecho más que rendir el justo y debido culto á lo que era y sigue siendo un axioma jurídico indiscutible, derivado de la propia naturaleza de la hipoteca, pues si así no fuera, no tendría ésta verdadero carácter de derecho real. Como todos los derechos de esta clase, la hipoteca se impone de tal modo sobre la finca gravada con ella que no se separa, ni puede separarse de

la misma, sin infringir su propia naturaleza, hasta que la obligación principal se haya extinguido por alguna de las formas admisibles en derecho.

Esta cualidad ó ficción legal, que los tratadistas califican con la denominación de *adherencia,* permite al acreedor dirigir su acción contra la finca hipotecada, cualquiera que sea el poseedor de ella y el título por el que la estuviese poseyendo, porque á virtud de dicha cualidad se supone unidos el derecho nacido de la hipoteca y la cosa sobre que recae, de tal modo, que el citado derecho se mantiene siempre sobre el predio, como no puede menos de ser, porque de lo contrario, la hipoteca dejaría de cumplir su fin.

En efecto, si mediante este contrato accesorio se asocian determinados bienes á la seguridad de una obligación, esa garantía desaparecería ó dejaría de ser eficaz, si al pasar á distinto dueño ó poseedor el inmueble gravado, no pudiera dirigir contra éste su acción. Por eso la ley no ha podido menos de reconocer, como el primero y más importante de los efectos de esta clase de contratos, esa sujeción directa é inmediata de los bienes á la hipoteca impuesta sobre los mismos.

Tan poderoso es ese efecto, cuyo fundamento principal es la naturaleza misma de la hipoteca, que no existe limitación ni modificación alguna que enerve sus efectos una vez constituída ésta, salvas las peculiares prescripciones ya citadas de la ley Hipotecaria, pues, como ha dicho un autor, ni aun el comiso en la enfiteusis es obstáculo alguno para la virtualidad y eficacia de esa sujeción ó afección de los bienes gravados para el cumplimiento de la obligación en cuya seguridad se constituye; porque en dicho caso el señor directo adquiere el dominio util con la carga de la hipoteca, y de su valor puede cobrar su crédito el acreedor, sin perjuicio de los derechos que corresponden á aquél por razón del dominio directo. Así lo dispone también de una manera expresa y terminante el art. 118 de la citada ley.

Otra de las cualidades propias de la hipoteca, común tam-

bién á la prenda, es su indivisibilidad, la cual afecta igualmente al efecto sancionado en el primero de los artículos objeto del presente comentario, ó sea al de la sujeción de los bienes hipotecados á las responsabilidades de la obligación asegurada con dicha garantía, pues en razón á esa cualidad, ó por consecuencia de ella, toda la finca gravada ó cualquiera de las porciones de la misma que subsista responderá de la totalidad de la deuda, y por lo tanto, no podrá ser compelido el acreedor á reducir ni dividir su crédito á causa de haberse reducido ó dividido los bienes hipotecados. Por el contrario, la hipoteca se extiende á todos ellos y pesa sobre cada una de sus porciones lo mismo que sobre la totalidad.

Esto no obsta á que el crédito se distribuya entre varias fincas cuando son más de una las gravadas para su seguridad, pues para este caso ordena la ley que se distribuya el total importe del mismo entre todas ellas, determinándose de una manera expresa la cuantía por la que responde cada una de ellas. Pero esto no quiere decir que la hipoteca deje de ser indivisible, sino que mediante esa distribución, que es el sistema admitido en dicho caso por las leyes modernas, se da origen á tantas hipotecas como fincas concurren al aseguramiento del crédito total.

Por virtud de ese sistema, aceptado por nuestra ley Hipotecaria en sus artículos 119 y 120, el acreedor no puede reclamar en perjuicio de tercero más que la parte de crédito asegurada por cada una de las fincas en que se hubiere distribuído su importe, y lo que á la misma corresponda por razón de intereses; pero cuando no existe un tercero que haya adquirido algún derecho sobre cualquiera de dichas fincas y el acreedor no ha hecho efectivo con las demás el resto de su crédito, podrá repetir por la diferencia contra todas las que le fueron hipotecadas y se conserven en poder del deudor, conforme á lo establecido en el art. 121 de dicha ley.

Al comentar el art. 1860 nos ocupamos ya de esta cualidad de la indivisibilidad común á la prenda y á la hipoteca, y por lo

tanto, no tenemos que insistir ahora en ello, bastándonos indicar por lo que se refiere á los efectos de la hipoteca con relación á la responsabilidad de los bienes gravados con ella:

1.º Que cuando la hipoteca se constituye sobre uno ó varios predios determinados, no disminuye dicha hipoteca aunque los predios desaparezcan en parte ó se reduzca la obligación asegurada, pues, con arreglo al art. 122 de la ley Hipotecaria, la hipoteca subsistirá íntegra en dichos casos sobre la totalidad de la finca ó fincas hipotecadas, ó sobre cualquiera parte de las mismas que se conserven, mientras no se cancele la obligación contraída por el hipotecante.

2.º Que si una finca hipotecada se dividiere en dos ó más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor; y conforme á lo dispuesto en el art. 123 de la ley citada y á la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Octubre de 1887, si no se hiciere esa voluntaria distribución podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera ó contra todas á la vez; y

3.º Que si el acreedor consiente en la división de la hipoteca cuando se divide en varias la finca hipotecada, ó si se distribuye la hipoteca entre varias fincas como antes hemos indicado, entonces pagada la parte del crédito asegurada con alguna de ellas, y la cantidad de que deba responder la misma por razón de intereses con arreglo á la ley, se podrá exigir la cancelación parcial de la hipoteca, en cuanto á la misma finca ó aquélla que el deudor elija para que haya de quedar libre si la parte de crédito pagada se pudiese aplicar á la liberación de una ó de otra de las gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una de ellas (1).

Pero cuando sea una la finca hipotecada, ó cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad respectiva de ellas

(1) V. art. 124 de la ley Hipotecaria.

por ocurrir el caso previsto en el art. 123, antes citado, de dividirse una en dos ó más, no podrá exigirse entonces la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho (1).

Con las indicaciones que preceden, fácil es comprender el alcance y recto sentido de la disposición consignada en el artículo 1876 que examinamos. Según él, la hipoteca sujeta directa é inmediatamente, en los términos indicados, los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación asegurada, respondiendo dichos bienes, todos y cada uno de ellos en su totalidad y en cada una de sus partes, de la integridad del crédito, aunque la obligación se reduzca ó se dividan ó desaparezcan en parte dichos bienes, á no ser que el importe del crédito se haya distribuído entre ellos, determinando de una manera expresa la cuantía de que cada uno deba responder, y existan terceras personas que hubieren adquirido algún derecho sobre los bienes indicados, pues entonces sólo quedarán sujetos parcialmente ó sea en cuanto ascienda la parte del crédito que aseguren con mas la cantidad de que deba responder cada uno de ellos por razón de intereses. Y no sólo sujeta la hipoteca á los bienes citados en cuanto á su extensión, sino que además la afección subsiste á pesar de las diversas transmisiones de que hubieren sido objeto, pues la carga sigue á la finca cualquiera que sea su poseedor.

Si los bienes continúan en poder del hipotecante, sea éste el deudor ú otra persona distinta, no hay dificultad alguna. El acreedor perseguirá las fincas hipotecadas para hacer efectivo su crédito en el caso de que no hubiere sido satisfecho en el término estipulado; pero si, por el contrario, hubieren pasado á un tercer poseedor, es potestativo en el acreedor el reclamar el pago de éste ó del deudor, como resulta de los términos en que se halla redactado el art. 127 de la ley Hipotecaria, y según se halla declarado por el Tribunal Supremo entre otras sentencias

(1) V. art. 125 de íd.

en las de 16 de Noviembre de 1874 y 19 de Diciembre de 1881.

Si opta por el primero de dichos medios, podrá reclamar del tercer poseedor el pago del crédito asegurado con los bienes hipotecados que aquél posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido para ello judicialmente ó por Notario (1). El tercer poseedor una vez requerido en la forma antes citada para el deudor, deberá pagar el crédito y los intereses correspondientes, regulados conforme al art. 114, ó desamparar en otro caso los bienes hipotecados (2); y si no hiciere ninguna de dichas cosas responderá con sus bienes propios, además de los hipotecados, de los intereses que se devenguen desde el requerimiento y de las costas judiciales á que diera lugar por su morosidad. Si desamparase los bienes hipotecados, se considerarán éstos en poder del deudor á fin de que pueda dirigirse contra ellos el procedimiento ejecutivo (3).

Aunque la ley sólo habla de requerimiento judicial ó por Notario, surte los mismos efectos el acto de conciliación, según se halla reconocido en sentencia de 29 de Mayo de 1883.

Otra de las cualidades ó de los caracteres distintivos de la hipoteca es el relativo á su extensión, al cual se contrae el precepto contenido en el art. 1877, segundo de los que al presente examinamos, y afecta también esencialmente dicha cualidad á aquél de los efectos de la hipoteca de que venimos ocupándonos, ó sea á la sujeción de los bienes hipotecados á las responsabilidades indicadas, pues por virtud de ella, la hipoteca sujeta directa é inmediatamente á dichas responsabilidades, no sólo los bienes sobre los que expresamente se constituye, sino que además se extiende la afección ó la carga á todas las accesiones naturales que los mismos tuvieren, á las mejoras de los mismos, á sus frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debi-

(1) Véanse los arts. 127 de la ley Hipotecaria y 103 al 105 del reglamento para su ejecución.

(2) Véanse los arts. 128 de dicha ley y 103 y 104 del reglamento.

(3) V. el art. 129 de la ley Hipotecaria.

das al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, ó en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, en la forma expuesta en el citado art. 1877, ó lo que es lo mismo, á todos los aumentos naturales é industriales de dichos bienes.

Ese principio de la extensión del gravamen tiene su fundamento en la unidad que con el inmueble forman los aumentos que de una manera permanente se incorporan al mismo y en la voluntad presunta del que le hipotecó ó realizó la incorporación, mediante la que se supone que, al constituir un derecho real sobre un inmueble, el que lo hipoteca lo hace en su totalidad y que el que incorpora á uno de los bienes de esta clase cualquiera agregación, es para que siga la condición y las consecuencias á que el mismo estuviere sujeto.

Dicho principio fué proclamado por el derecho romano, del cual le tomaron las leyes de Partidas, siendo confirmado también por casi todas las legislaciones. En el proyecto de Código de 1851 se consignaron preceptos análogos en sus arts. 1800 y 1801; y al redactarse la ley Hipotecaria se erigió en regla general é invariable el principio citado en sus arts. 110 y 111, según el segundo de los cuales se entenderán hipotecados juntamente con la finca gravada aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario:

1.º Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, aunque su colocación se haya verificado después de constituída la hipoteca.

2.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego ó desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno ó elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, ó en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere.

3.º Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligación hipotecaria estuvieren pendientes de los árboles

ó plantas, ó ya cogidos pero no levantados ni almacenados.

4.° Las rentas vencidas y no pagadas, cualquiera que sea la causa de no haberse hecho efectivas, y las que se hayan de pagar hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito.

5.° Las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseguración de éstos ó de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituída la hipoteca, ó bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública.

Aunque el art. 1877 del Código, al sancionar el principio de la extensión de la hipoteca no hace mención expresa de los objetos inmuebles indicados en el núm. 1.° del art. 111 de la ley Hipotecaria, no por eso deben estimarse exceptuados de dicha extensión de la carga los objetos citados, pues el Código no ha derogado ni modificado especialmente en este punto las prescripciones de la ley Hipotecaria, la cual subsiste en vigor, en cuanto á la extensión de la hipoteca, con arreglo al art. 1880.

Lo mismo debemos decir respecto de los demás números del expresado art. 111 de la ley citada, aunque el Código no hace la mención detallada que en ésta se consigna, pues el nuevo cuerpo legal en su art. 1877 no hace más que exponer los principios generales en la materia relativa á la extensión del gravamen, dejando para la ley Hipotecaria el detalle ó derivación de las consecuencias de los mismos.

Por virtud de lo dicho, cuando llegue la ocasión de hacer efectiva con los bienes hipotecados la obligación garantida con la hipoteca, habrán de tenerse muy en cuenta todos esos elementos que integran ó amplían la carga, por consecuencia del principio de la extensión reconocido por la ley, toda vez que unos y otros han de responder juntamente con la finca del cumplimiento y efectividad de dicha obligación. Sin embargo, conforme se establece en el art. 112 de la ley Hipotecaria, cuando la finca hipotecada pasare á un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca á los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni á las mejoras que no consistan en obras de repara-

ción, seguridad ó transformación, siempre que unos ú otras se hayan costeado por el nuevo dueño, ni á los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo.

Constituyen, pues, éstos, otros tantos casos de excepción de la regla general de la extensión de la hipoteca, que subsisten, aun después de publicado el Código, por la razón legal antes indicada, á pesar de que en éste no se establece limitación alguna en cuanto al precepto consignado en su art. 1877. El fundamento de dichas excepciones es obvio, pues en tales casos no puede estimarse la voluntad presunta que dijimos era la causa ó el motivo jurídico del principio de la extensión indicado.

En dichos casos el dueño de esas accesiones ó mejoras, que no se entienden hipotecadas juntamente con la finca ó fincas gravadas, podrá exigir su importe ó retener los objetos en que consistan, si esto pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de ellas; mas en el primer caso no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca, cuando se enajene para pagar el crédito (1).

II. *Concordancias.*—El art. 1876, primero de los examinados, en cuanto á su esencia, tiene concordancias en todas las legislaciones, puesto que en él se establece un efecto de la hipoteca común en todos los Códigos; pero las principales son las siguientes: art. 842 del de Portugal, 1964 del de Italia, 2019 del de Guatemala, 2295 del del Uruguay, 1941 del de Méjico, 2428 del de Chile y 1824 del de la Baja California.

A su vez, el art. 1877 concuerda con el 1966 del de Italia, con el 1827 de California, con el 891 del de Portugal, con el 3110 del de la República Argentina, con el 2026 del de Guatemala, con el 2291 del del Uruguay, con el 2420 al 2423 del de Chile, con el 1944 del de Méjico, con el 2306 del de Veracruz-Llave y con algunos otros.

(1) Véanse los arts. 113 de la ley Hipotecaria y 96 del reglamento para su ejecución.

ARTÍCULO 1878

El crédito hipotecario puede ser enajenado ó cedido á un tercero en todo ó en parte, con las formalidades exigidas por la ley.

Consigna el Código en este artículo un precepto establecido ya con carácter especial en el párrafo 1.º del art. 153 de la ley Hipotecaria, si bien limitando su disposición á una prescripción de mera referencia.

En el capítulo 7.º del título 4.º del presente libro, nos ocupamos de la transmisión de créditos en general, y siendo transmisible como todos en su totalidad ó en parte el crédito hipotecario, parece que huelga el precepto que ahora nos corresponde examinar, toda vez que en él se sanciona un principio, el de la transmisibilidad del crédito hipotecario, que resulta reconocido como inconcuso por disposiciones anteriores del mismo Código. Pero hay que tener en cuenta que el crédito hipotecario constituye una especialidad muy importante, derivada de la propia naturaleza de la hipoteca.

En efecto, mediante ella se constituye un crédito especial sobre determinados bienes, que son los gravados con la misma: crédito subsidiario de la obligación asegurada con dicha garantía, de cuyas vicisitudes, modalidades y subsistencias ha de depender; y si bien es cierto que dicho crédito es transferible como todos, íntegra ó parcialmente, pudiendo enajenarlo en todo ó en parte quien lo tiene á su favor, no lo es menos que por efecto de sus especiales circunstancias requiere su transmisión determinadas formalidades, algunas de las cuales, como sucede con el conocimiento que ha de darse al deudor, responden á la consideración que al legislador ha merecido siempre la propiedad ó el dominio de los bienes inmuebles.

La ley, pues, tenía que distinguir la especialidad de la transmisión en este caso, determinando las formalidades ó reglas á

que había de ajustarse para su debida eficacia, y este es el motivo ó la razón jurídica de la disposición que comentamos.

Las formalidades especiales para la venta ó cesión del crédito hipotecario son las preceptuadas en el art. 153 de la ley antes citada, según el que se requiere para la validez de su transmisión que ésta se haga en escritura pública, que además se dé conocimiento al deudor y que se inscriba en el Registro.

El requisito del otorgamiento de la escritura pública es consecuencia del precepto general establecido en el núm. 1.º del art. 1280, toda vez que en dicho acto se transmite un derecho real impuesto sobre los bienes inmuebles. El de la inscripción en el Registro se deriva de la disposición consignada en el párrafo 2.º del 1526, puesto que refiriéndose á un inmueble el crédito ó derecho transmitido no puede surtir efecto contra tercero su cesión ó enajenación, conforme al artículo citado, sino desde la fecha de la indicada inscripción. Y, por último, es necesario que se dé conocimiento al deudor para que éste sepa á quién ha de hacer el pago, evitándosele los perjuicios que en otro caso pudiera irrogársele, si por ignorar quién fuera el nuevo acreedor no pudiera hacer efectivo oportunamente el crédito y se dirigiera el procedimiento contra la finca; hallándose además establecido dicho requisito en beneficio del adquirente del crédito hipotecario, pues si por falta de él pagara el deudor al primitivo acreedor, quedaría libre de la obligación, y al cesionario no le quedaría otro recurso que repetir por acción personal contra el cedente por el importe del crédito y por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado.

Sin embargo, si la hipoteca se hubiera constituído para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, se entenderá transferido el derecho hipotecario con la obligación ó con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro de la propiedad correspondiente (1).

(1) Véanse los arts. 153 de la ley Hipotecaria y 108 al 119 de su reglamento.

En los casos en que deba darse conocimiento de la cesión al deudor, la omisión de dicho requisito producirá el efecto de hacer responsable al cedente del crédito hipotecario de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de dicha falta (1).

Réstanos indicar que, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Mayo de 1885, no puede fundarse derecho alguno en la falta de notificación de un acto, desde el momento en que se manifiesta enterado de él la persona á quien debió hacerse dicha notificación, y, por lo tanto, aun en los casos en que es preciso dar conocimiento al deudor de la transmisión del crédito hipotecario, la omisión de dicho trámite queda legalmente desvirtuada si el citado deudor se dió por enterado de ella, sin perjuicio de la responsabilidad del cedente por los daños que hasta entonces se hubieren originado por tal falta.

A pesar del principio de la transmisibilidad del crédito hipotecario reconocido por el Código en el artículo que examinamos, hay que tener presente que los derechos ó créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan á su favor, según expresamente se establece en el art. 155 de la ley Hipotecaria, el cual subsiste en todo su vigor á pesar del precepto del presente artículo del Código, toda vez que el principio consignado en el mismo se halla condicionado por su última parte, en la que se impone la necesidad de ajustarse la transmisión á las formalidades exigidas por la ley.

Por virtud de la cesión del crédito hipotecario, el adquirente se subroga en todos los derechos del primitivo acreedor, pero el deudor no queda obligado por dicho contrato á más que lo estuviere por el suyo.

Los arts. 108 y 109 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria determinan la forma de la notificación que ha

(1) Véase el art. 154 de la ley citada.

de hacerse al deudor de la transmisión de dicho crédito. Según el primero de ellos, antes de inscribirse el contrato de cesión se dará conocimiento al deudor, á menos que hubiere renunciado á este derecho en escritura pública, ó se estuviese en alguno de los casos de excepción, llevándose á efecto la diligencia por medio de una cédula, que redactará y firmará el Notario que hubiere otorgado la escritura, expresándose en ella solamente la fecha de la cesión, la circunstancia de ser total ó parcial, y, en este último caso, la cantidad cedida, y el nombre, apellido, domicilio y profesión del cesionario. El Notario entregará ó hará entregar dicha cédula al deudor. Si éste no fuere hallado en su casa, se le hará la entrega en la forma prescrita para los emplazamientos en la ley de Enjuiciamiento civil.

Si el deudor no residiere en el pueblo en que se otorgue la escritura, se aplicará lo dispuesto en el art. 109 del citado reglamento, y con arreglo á él se inscribirá el contrato, teniéndose por hecha la notificación, pero quedando obligado el cedente á acudir judicialmente en solicitud de que se busque á dicho deudor y se le comunique la cédula referida en la forma prescrita por la mencionada ley de Enjuiciamiento y bajo la responsabilidad ya indicada respecto de la indemnización de los perjuicios que por la omisión del conocimiento se ocasionaren al cesionario, establecida por el art. 154 de la ley Hipotecaria, en los casos en que dicho conocimiento fuere preciso con arreglo á la misma.

Concordancias.—Concuerda este artículo, entre otros, con el 1987 del Código de Méjico, con el 2048 del de Guatemala, con el 2313 del de Veracruz-Llave y con el 1864 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1879

El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que el último posee, en los términos y con las formalidades que la ley establece.

Al comentar el art. 1876 nos ocupamos ya de la disposición contenida en el presente. Entonces dijimos que el efecto principal de la hipoteca era sujetar directa é inmediatamente al cumplimiento de la obligación garantizada con ella los bienes sobre que se constituye, cualquiera que fuese el poseedor de estos, porque la carga sigue á la finca en sus diversas transmisiones y transformaciones, con independencia del hipotecante, por una necesidad derivada del fin y de la naturaleza de dicha garantía.

Consecuencia de ello es el precepto de este artículo, pues afectando la hipoteca á los bienes hipotecados, y no á las personas, cualquiera que sea el poseedor de ellos tiene que responder con los mismos al acreedor en cuyo favor fueron gravados, y aun en algunos casos responderá también con sus propios bienes de las costas é intereses que se devenguen por su culpa, como expusimos en la ocasión citada.

El artículo sólo consigna el principio de la responsabilidad de los terceros poseedores; pero su desarrollo debe buscarse en los arts. 127 al 130, ambos inclusive, y en el 133, todos de la ley Hipotecaria, los cuales le sirven de complemento, estableciéndose en ellos el procedimiento especial que ha de seguirse para el cobro del crédito hipotecario cuando por falta de pago ha de dirigirse la acción contra los bienes gravados para la seguridad del mismo.

Poco importa que los bienes estén en poder del deudor ó de un tercero, pues bien puede decirse que realmente para el acreedor, más que una persona obligada, lo que hay en la hipoteca es una cosa que garantiza su derecho, y, por lo tanto, contra ella puede entablar su reclamación para hacerlo efectivo sin dificultad ni obstáculo alguno.

No siempre se estimó así en nuestro derecho, pues según las antiguas leyes, cuando la finca hipotecada pasaba á terceras personas, si bien se transmitía con ella la carga, era, sin embargo, preciso que el acreedor hiciese excusión de los bienes del deudor antes de reclamar el pago del nuevo adquirente. Esa excusión desapareció con la publicación de la ley Hipotecaria, que

tan profundas é importantes modificaciones introdujo en este punto, y á partir de dicha ley no es necesario ese trámite previo, sino que desde luego puede incoarse el procedimiento contra la finca hipotecada, si el deudor no hiciere efectiva la obligación principal á su vencimiento, sin más requisito que el requerimiento al deudor para el pago, que debe preceder á la reclamación contra el tercero, el cual igualmente debe ser requerido antes de procederse contra los bienes hipotecados.

La ley Hipotecaria no había determinado la forma en que debían hacerse dichos requerimientos, limitándose á decir que lo fueran judicialmente ó por Notario; pero en el reglamento para la ejecución de dicha ley se suplió ese vacío, mandando que se hagan *en la forma ordinaria,* con intervención de Notario ó bien por mandato judicial, cualquiera que sea la cuantía de los bienes hipotecados, si el que hubiera de ser requerido se hallare presente. Si el deudor estuviese ausente, ha de hacérsele el requerimiento en el lugar ó pueblo á que pertenezca la finca, observándose el orden establecido en la ley de Enjuiciamiento civil; y si el ausente fuera el tercer poseedor, se hará el requerimiento en los mismos términos ó por medio del inquilino ó arrendatario (1). En los requerimientos citados podrá fijarse el plazo de diez días para realizar el pago, cuyo plazo es fatal é improrrogable, y dentro de él puede el tercer poseedor pagar ó desamparar los bienes hipotecados.

En el comentario del art. 1876 expusimos los efectos que produce el que éste no haga efectivo el crédito ni desampare los bienes citados, é indicamos las reglas á que habría de ajustarse el procedimiento para dirigir la reclamación contra las fincas hipotecadas, á cuyas indicaciones nos remitimos, dándolas aquí por reproducidas, y en la necesidad de abreviar todo lo posible estos comentarios, nos limitamos á recordar, para poner término al examen del presente artículo, que, conforme á lo dis-

(1) Véanse los arts. 103 y 104 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria.

puesto en el 105 del reglamento tantas veces citado, si el tercer poseedor pagare el crédito hipotecario, se subrogará en el lugar del acreedor y podrá exigir su reembolso del deudor, si ya no se le hubiera descontado su importe del precio en que hubiese adquirido la finca.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 2296 del del Uruguay, con el 3162 del de la República Argentina, con el 2034 del de Guatemala, el 2429 del de Chile y con algunos otros.

ARTÍCULO 1880

La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo á su constitución, modificación y extinción y á lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido á las prescripciones de la ley Hipotecaria, que continúa vigente.

En el detenido examen que hicimos del precepto consignado en el art. 1874, nos ocupamos también incidentalmente de la disposición establecida en el que ahora nos corresponde estudiar, cuya inteligencia, según dijimos, ha dado origen á diversidad de criterios, suscitando dudas que vino á decidir la Dirección de los Registros en su resolución de 12 de Diciembre de 1902.

Limitadas las prescripciones del presente capítulo á la exposición de los principios esenciales del contrato de hipoteca, en cuanto á su naturaleza y efectos, por haber de quedar encomendado su desenvolvimiento y reglamentación en todo lo demás á la legislación hipotecaria que había de seguir vigente como tratado especial y complementario del Código, los autores del mismo se vieron en la necesidad de consignar de una manera expresa la subsistencia de dicha ley, y en vez de reservar esta declaración para la disposición final derogatoria de los demás cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el derecho civil común anterior, estableciendo por vía de excepción de esa regla la vigencia de dicha ley, estimaron como lugar más opor-

tuno el presente, á fin de completar con tal referencia la materia propia del contrato de hipoteca.

Esta es la razón legal de dicho artículo, cuyo objeto y fin fácilmente se percibe; pero á pesar de la claridad de sus términos, no han estado todos conformes en la determinación de su sentido ni en la interpretación de su precepto, entendiendo algunos que están vigentes las disposiciones de dicha ley, tan sólo en cuanto no han sido modificadas por el Código, pues siendo éste posterior á la misma, desde luego se deduce, á su juicio, que al regular de distinto modo el legislador los principios jurídicos relacionados con las mismas, vino á derogar ó dejar sin efecto todo aquello que no estuviere conforme con las prescripciones de dicho Código.

Por el contrario, otros entienden que subsiste íntegramente en vigor dicha ley, porque la voluntad clara y manifiesta de los autores del nuevo cuerpo legal, consignada de una manera expresa y sin limitación alguna en el presente artículo, es que rija la ley especial en todo aquello que no esté en contradicción con lo establecido en el capítulo especial consagrado á la hipoteca. Y como los escasos preceptos de éste no han introducido modificación ni innovación alguna en lo legislado anteriormente, según repetidamente han declarado el Tribunal Supremo y la Dirección general antes citada, de aquí que sigan en vigor en toda su integridad y pureza las disposiciones de dicha ley, á pesar de la publicación del nuevo cuerpo legal, que si bien en su art. 1976 derogó todas las leyes, usos y costumbres anteriores, dejó, sin embargo, á salvo aquellas que, como la hipotecaria, las había declarado subsistentes dicho Código.

En la ocasión al principio citada vimos los fundamentos aducidos en apoyo de una y otra de dichas opiniones, con motivo de la cuestión á que puso término la resolución de 12 de Diciembre de 1902, los cuales constituyen las principales razones aducidas por los partidarios de ambos criterios, y puesto que ya se ha esclarecido y resuelto dicha duda en el sentido que se ha considerado más jurídico y conforme al espíritu del Código, ocioso es

insistir en la demostración del error padecido por los que entienden supeditadas en absoluto las prescripciones de la ley Hipotecaria, no á las disposiciones especiales del presente capítulo, sino á las generales del Código, en las que se establezca algún precepto ó se reconozca algún principio que aparezca en contradicción con las mismas.

Si esta hubiera sido la intención ó la voluntad del legislador así lo hubiera establecido, sancionando la declaración de que quedaban en vigor las prescripciones de la ley Hipotecaria, *en cuanto no hubiere sido derogado ó modificado por el Código civil;* pero en vez de esa regla de hermenéutica, se dice clara y expresamente que dicha ley continúa vigente, y, como consecuencia de ello, que queda sometida á la misma la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo á su constitución, modificación y extinción, y en general, en cuanto *á lo demás que no hubiese sido comprendido en este capítulo,* consagrado exclusivamente á la hipoteca. Es decir, que la ley Hipotecaria, en la parte relativa á la hipoteca, como contrato ó como derecho real, subsiste como supletoria ó complementaria del Código, y en tal concepto continúa vigente en toda su pureza é integridad, porque los artículos de dicho capítulo no han *reformado* en nada dicha ley, sino que se han ajustado sustancialmente á sus preceptos, con algunas ligeras variantes de redacción para esclarecer más su sentido, en la determinación de los principios esenciales que regulan la institución de la hipoteca, salvo lo dicho con relación al art. 1875.

Entendemos que ninguna duda puede ofrecerse sobre esto, pero si alguna llegara á suscitarse, bastarían para disiparla las terminantes declaraciones hechas en la resolución de 12 de Diciembre de 1902, que dimos á conocer en el comentario del artículo al principio citado.

Según ella, continúan vigentes las disposiciones de la ley Hipotecaria, en cuanto no se halle expresamente regulado en modo distinto por los artículos del presente capítulo, sin que puedan considerarse abrogadas aquéllas por preceptos más ó

menos contradictorios, sancionados por el Código en otros distintos capítulos del mismo, los cuales no pueden en modo alguno estimarse como derogatorios de los de la expresada ley.

Ahora bien: el art. 1880 se refiere solamente á la hipoteca, como contrato ó aun como derecho real si se quiere, y ha de aplicarse especialmente á las hipotecas en general y á las voluntarias. Con relación á las legales, el Código se ocupa aparte determinadamente de la dote y su garantía, de los bienes reservables, bienes de los hijos menores de edad, etc., y hay que estudiar cada uno de sus preceptos y relacionarlos con los de la ley Hipotecaria para mantener éstos ó no en vigor. Además, la doctrina que, como general, establece la citada resolución, hay que admitirla sólo en ese sentido general; pues es claro que cuando la ley Hipotecaria habla de menores, por ejemplo, hay que entender que hoy se refiere á los que tienen esa consideración según el Código civil; cuando habla de curadores, se refiere á los actuales tutores; cuando habla de derechos reales enajenables, á los que pueden enajenarse con arreglo al derecho vigente, etc.; cosas todas irremediables, y que aun cuando en la ley Hipotecaria se hallen entremezcladas en la doctrina de la hipoteca, es claro que no afectan á la hipoteca en sí misma, como contrato ó como derecho real, cuya doctrina ha querido dejar vigente el art. 1880 del Código civil.

Otra cuestión pueden motivar, en cuanto á la recta inteligencia del artículo que examinamos, los términos en que se halla redactado. En efecto, en él se dice que continúa vigente *la ley* Hipotecaria y que quedan sometidos á sus prescripciones los particulares relacionados con la hipoteca que en el mismo se expresan; pero nada se dice del *Reglamento* para su ejecución, y como el art. 1976 del Código deroga todas las prescripciones que constituían el derecho civil anterior, común en todas las materias objeto del mismo, que expresamente no hubieren sido declaradas subsistentes, pudiera creerse por aquellos que atienden más á la letra que al espíritu de la ley, que no estaba actualmente en vigor dicho reglamento por haber sido abrogado por el

nuevo Código legal, en razón á no haberse declarado subsistente éste de una manera expresa y determinada.

Tan sólo el buen sentido basta para comprender el error que en dicho caso se padecería, y no es necesaria una especial demostración de ello, pues constituyendo el reglamento citado el necesario complemento de dicha ley, por desenvolverse ó desarrollarse en él los principios y las reglas consignadas en la misma, no puede subsistir ésta con independencia de aquél, y por lo tanto, al declarar el Código vigente dicha ley, lo hace en su acepción más amplia ó en su concepto más lato, estimando de este modo en vigor, no sólo la ley, sino toda la legislación hipotecaria constituída por ella, por su reglamento y por el extenso cuerpo de doctrina formado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por las resoluciones de la Dirección general de los Registros, en explicación é interpretación de sus preceptos.

Por lo demás, nada de particular tiene este artículo, que constituye una disposición de mera referencia, cuya razón y fundamento hemos explicado y cuyo alcance queda, con lo expuesto, claramente definido.

CAPÍTULO IV

De la anticresis.

Este es otro de los contratos especiales de garantía que son objeto del tít. 15 del presente libro del Código, el cual de mero pacto adjunto á la prenda, que era el carácter con que reconocían la anticresis los tratadistas de derecho civil, le ha constituído en un contrato especial, distinto de la prenda, de la cual le distingue la cualidad de la cosa que puede ser objeto del mismo, puesto que ha de consistir en un bien inmueble, contra lo terminantemente prescrito para aquélla, y que á la vez se dite-

rencia de la hipoteca en que por la anticresis, la cosa dada en garantía ó sobre la que se constituye ésta, pasa á poder del acreedor, de modo que participando de la condición de ambos contratos, no puede considerarse como estipulación ó modalidad accesoria de los mismos, sino como convención especial diferente de ellos.

El origen de la anticresis es antiquísimo. Según Revillot (1), era conocida por los caldeos, si bien confundida con la prenda, con el arrendamiento y con la venta á pacto de retro. De dichos pueblos la tomaron los griegos dándole, en su afán de definir las instituciones jurídicas por sus efectos, su actual nombre, el cual significa *goce ó uso contrario*, pues el acreedor disfruta la finca del deudor mientras éste, á su vez, goza del dinero del acreedor, é introduciéndole en las legislaciones europeas con el carácter de garantía ó como una especie de prenda que llevaba consigo el uso de la cosa pignorada, ha llegado á la consideración que en los tiempos modernos tiene.

En Roma, cuando fueron conocidas la prenda y la hipoteca, se conoció también la anticresis, tomada de los griegos, si bien tanto en Roma como en Grecia más bien que un nuevo contrato, fué un pacto que se añadía al de prenda ó al de hipoteca, y el fin principal de su establecimiento era el de compensar los intereses con los frutos. Sin embargo Justiniano prohibió celebrar pactos anticréticos con los labradores de las provincias de Tracia, por un espíritu de protección á los mismos.

El derecho canónico reprobó la anticresis como un pacto ó contrato usurario, puesto que según él no podían darse los frutos en compensación de unos intereses que, según la doctrina de la Iglesia, no debían existir, y en tal concepto, fué condenada por el Pontífice Marcelo V, y por algunos otros.

En España se prohibió también el pacto anticrético según algunos tratadistas por la ley 2.ª, tít. 13, de la Partida 5.ª, pues

---

(1) Véase el *Tratado sobre las obligaciones en derecho egipcio*, por Eugenio Victor Revillot.

al disponer que los frutos fuesen del deudor—aunque refiriéndose á la prenda—, desechaba implícitamente el que pudiera hacerlos suyos el acreedor; y prohibido estuvo hasta que por la ley de 1856 se abolió la tasa del interés.

Antes de la publicación de dicha ley, discutían los autores acerca de si era válido ó no dicho pacto cuando no excediera de la cuota del interés legal lo que el acreedor había de recibir en frutos, y á pesar de la prohibición canónica y de las prescripciones de la ley de Partida citada, decidiéronse por la afirmativa la mayor parte de nuestros tratadistas, estimando como perfectamente válido el aprovechamiento de los frutos por el acreedor á calidad de intereses, siempre que éstos no excedieran de la tasa legal, y reputándose como cosa lícita la anticresis, la cual era conocida en algunas regiones por el nombre vulgar de contrato *á gozar y gozar*. Abolida la tasa del interés, sólo se exigió que los intereses estuvieran convenidos de antemano para que el acreedor pudiera disfrutar la finca dada en anticresis.

En la actualidad el Código civil no sólo la reconoce como lícita, sino que la eleva á contrato independiente con naturaleza propia y con peculiares efectos, definiéndole como tal en el artículo 1881, primero del presente capítulo, poniendo así término á la controversia de los autores acerca de la validez y licitud de la anticresis.

Al proceder de este modo los autores del Código, respondieron con gran acierto á una necesidad impuesta por los modernos principios en que se inspiran las leyes del mutuo, según los que no hay razón alguna económica ni jurídica para condenar la anticresis. Además, procuraron de este modo evitar daños y perjuicios al deudor que, en otro caso, eran inevitables, pues la experiencia bien palpablemente había demostrado que, á pesar de la prohibición de las leyes, el pacto anticrético era muy frecuente en la práctica, porque se eludían las disposiciones prohibitorias, disfrazando la convención con la forma ó el nombre de ventas á pacto de retro, con lo que lejos de favorecerse al prestatario, como se propuso el legislador, se le causaba gran que-

branto, toda vez que no pudiendo conceder al acreedor el goce de los frutos para aplicarlos á la amortización de los intereses ó al pago parcial de capital, se veían obligados á enajenar los bienes en la forma indicada, desprendiéndose de una propiedad que difícilmente podían volver á adquirir.

Además, como ha dicho un autor, si el pacto anticrético se celebraba á espaldas de la ley, á pesar de la prohibición de ésta, preferible era de todos modos que dicha prohibición desapareciera, y si se consideraba perniciosa la institución, menos perjudiciales habían de ser sus consecuencias con una acertada reglamentación.

Por eso hicieron bien los autores del Código al prescindir de prejuicios infundados, admitiendo y reconociendo la anticresis como un contrato válido y conveniente, al que procuraron revestir de las oportunas precauciones, para evitar que quedaran defraudados los fines que inspiraron la reforma.

A este objeto responden las prescripciones de los diveros artículos que componen este capítulo, y justificada ya la conveniencia de la innovación introducida en este punto, pasemos al examen de los preceptos que regulan dicho contrato.

ARTÍCULO 1881

Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.

I. *Concepto de la anticresis.*—Reconocida por nuestro Código la anticresis como una forma contractual de garantía, distinta de la prenda y de la hipoteca, con naturaleza propia y con peculiares efectos jurídicos, la define en el presente artículo dándonos con sus claros términos el verdadero concepto de la misma.

Según él, la anticresis es un contrato mediante el cual el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un bien inmueble del deudor con un fin determinado, el de aplicarlos pri-

mero al pago de los intereses si se debieren y después ó cuando no fueren debidos á la satisfacción del capital. En cuanto á su esencia, este es el mismo concepto legal conocido ya en nuestro antiguo derecho; pero en su condición y en sus caracteres ha experimentado una transformación importantísima, pues de mero pacto accesorio, de licitud más ó menos discutida, ha pasado á ser un contrato independiente con vida perfectamente válida, sin más limitación que la impuesta por su propia naturaleza, de acuerdo con la teoría sancionada por la mayor parte de los códigos, los cuales la aceptan en dicho concepto como sucede en el de Francia (1), el de Italia (2), y el de Portugal (3), que le llama *consignación de rentas*.

Acerca de su naturaleza han estado en desacuerdo también los autores. Vinio, con textos de las Pandectas y del Código, sostenía que la anticresis no era más que un préstamo recíproco, *contrarium mutum*, lo cual está conforme con el significado de su especial denominación en el tecnicismo jurídico. Otros muchos, la mayoría entre ellos, opinan, por el contrario, que es un contrato *real* de garantía para cuya perfección requiere que la cosa sobre que se constituye ésta pase de manos del deudor á las del acreedor, si bien algunos, como el Sr. Sánchez Román, dicen que lo mismo puede entregarse al deudor que depositarse en poder de un tercero, y aun quedar en manos de su dueño sin perder éste la posesión de la misma, aproximándose según los casos á la prenda ó á la hipoteca. Dalloz, Laurent y algunos otros tratadistas extranjeros, estudian la anticresis como una institución especial, que si tiene caracteres comunes con la prenda y la hipoteca, se distingue esencialmente de ellas pudiendo vivir independientemente de las mismas. Y así es, en efecto, pues si bien se observan en ella evidentes é indiscutibles analogías con dichos contratos en lo que tienen de común por ser todos ellos

---

(1) Art. 2089.

(2) Art. 1891.

(3) Art. 874.

formas de garantía, accesorias, reales y *unilaterales*, hasta el punto de considerarla algún Código como un contrato de prenda *excepcional* por versar sobre inmuebles, es lo cierto que tanto entre la prenda y la anticresis como entre ésta y la hipoteca, existen diferencias tan importantes que impiden se confundan unas y otras.

Coincide con la prenda en que la garantía sale del poder del deudor, pero se separa de ella en cuanto á la calidad del inmueble que ha de tener la cosa sobre la que se constituye, ó que fuere objeto de la garantía, siendo esto una razón más para que la anticresis perdiera su antiguo carácter y su condición de pacto agregado á la prenda, y figure como una entidad contractual independiente. Y en esta moderna consideración de la misma, que es la más apropiada á su concepto legal y la más conforme con su especial naturaleza, diferénciase también fundamentalmente de la prenda, no como dice el ilustre escritor italiano Filippis (1) en que el uno produce un derecho real y el otro no, pues ambos dan lugar á derechos reales, en la prenda sobre la cosa misma para su enajenación y en la anticresis sobre los frutos, sino en cuanto á sus efectos y á sus consecuencias jurídicas, como veremos más adelante.

Diferénciase también por los mismos motivos de la hipoteca, y especialmente en que en ésta no salen de poder del hipotecante los bienes sobre que se impone, y, en su virtud, no puede hacer suyos los frutos el acreedor, mientras que por el contrario, en la anticresis no sólo pasan á éste los bienes que constituyen la garantía, sino que en ella es punto esencial, determinante de la especialidad de dicho contrato, el aprovechamiento de los citados frutos por el acreedor, si bien con la aplicación determinada por la ley, subrogándose éste, por lo tanto, en el derecho que al dueño corresponde para el percibo de los mismos.

Esto es lo que constituye la esencia del contrato que examinamos, ó sea la transmisión que hace el deudor al acreedor del

---

(1) V. *Corso completi di Diritto civile italiano comparato.* Tomo 8.º, pág. 341.

derecho de percibir los frutos de un bien inmueble determinado, para aplicarlos al pago de los intereses de la deuda y al del capital de la misma en la forma antes indicada. Por eso el Código le define con evidente acierto en los términos expuestos en el presente artículo.

Ha sido también objeto de discusión entre los tratadistas si podían ser objeto de la anticresis las cosas muebles, á pesar de cuanto llevamos dicho respecto á la razón diferencial de este contrato del de prenda; pero después de la publicación del Código civil carece de razón y de fundamento dicha cuestión, puesto que en él, poniéndose término á toda duda sobre ello, terminantemente se establece que ha de recaer sobre bienes inmuebles. En nuestro antiguo derecho, cuando la anticresis era considerada sólo como uno de los pactos admisibles en la prenda, podría ser materia discutible la cuestión indicada, pero en la actualidad carece de interés, y por lo tanto, de objeto su examen.

Con relación á los bienes sobre que debe versar este contrato se ha suscitado una duda igual á la que ya examinamos al tratar de los bienes hipotecables. En efecto, se dice: ¿pueden ser objeto de anticresis los bienes de los hijos cuyos frutos corresponden á los padres por razón del usufructo legal?

Nuestra opinión es ya conocida, puesto que las circunstancias son las mismas que en la hipoteca y concurren, por lo tanto, las mismas razones de derecho en uno y otro caso. Entendemos, pues, que no pueden servir de objeto á la anticresis los bienes indicados, porque de ese modo se burlaría el precepto legal que impide á los padres arrendar dichos bienes por tiempo determinado, es decir, sujetarlos por dicho tiempo para eludir la prohibición de la ley, y además se haría imposible el cumplimiento de la disposición que autoriza para privar á los padres, no sólo de la patria potestad, sino también del usufructo legal sobre los bienes de los hijos en los casos expresados por la ley. Cierto es que hace suyos el padre los frutos de dichos bienes, y parece que pudiera transmitir ó gravar ese derecho como todos los su-

yos; pero el usufructo indicado es personalísimo y no puede ser objeto de transmisión, á pesar de que el Código expresamente no lo exceptúa de la facultad concedida en el art. 480, aparte de que este derecho á los frutos citados se halla afecto, como todos los de la sociedad legal, á la carga principal y preferente de la alimentación y educación de los hijos.

Para evitar repeticiones, véase lo expuesto en el apartado 2.º del comentario al art. 1874, acerca de si es ó no hipotecable el usufructo concedido á los padres sobre los bienes de los hijos, pues todo lo dicho en esa ocasión tiene aplicación á la cuestión presente.

Otra controversia más importante se ha sostenido acerca de si la anticresis produce en el acreedor anticresista un derecho real ó personal, esto es, si el acreedor puede ejercitar su derecho sólo contra el deudor ó contra un tercero. Delvincourt, Dalloz, Dupare Pouleain, Laurent, Troplong y otros, estiman la anticresis como una cesión de los frutos hecha por el deudor al acreedor, y, por lo tanto, le niegan el carácter de derecho real, porque el acreedor no tiene la facultad de perseguir la cosa cuando se halla en manos de un tercer poseedor, facultad característica de los derechos reales. Otros, por el contrario, y entre ellos Pothier, Proudhom, Duranton, Zacharia y la mayor parte de los escritores alemanes, los cuales se fijan más en la naturaleza misma de la institución que en la expresión que ha podido tener en las leyes, sostienen que da origen á un derecho real, y la jurisprudencia francesa ha resuelto la cuestión conforme á la opinión de estos últimos, pues ha decidido que el acreedor hipotecario, cuya hipoteca sea posterior á la constitución de la anticresis, no puede hacer vender el inmueble objeto de esta sino pagando antes íntegramente la deuda contraída.

Por las indicaciones hechas, se viene desde luego en conocimiento de que los partidarios de la primera de las opiniones citadas parten del supuesto de que la anticresis no produce un derecho real porque no recae sobre la cosa sino sobre sus frutos, así es que dicen que «el fundo no es tocado ni penetrado por el

contrato», y que «los frutos y no el inmueble son el asiento de este contrato»; más al razonar de este modo incurren en el error de considerar los frutos con independencia de los bienes que los producen, cuando realmente dichos frutos no son más que una cosa accesoria de estos bienes, de tal modo inherente á ellos, que sin la existencia de éstos no podrían darse aquéllos, y por lo tanto, preciso es reconocer como ha dicho un autor, que «la anticresis verdaderamente se establece sobre una parte integrante de la propiedad inmueble, sin que pueda negarse que hay una demembración de dicha propiedad, cuando los frutos futuros de un inmueble se dan en tal concepto para la seguridad y pago de una deuda». A su vez, los adversarios de la opinión indicada atienden más al derecho de retención del acreedor anticresista que á la falta de derecho de perseguir la cosa; es decir, más al vínculo que en ciertas condiciones existe entre el acreedor y la cosa del deudor objeto de la anticresis, que á la fragilidad de dicho vínculo.

En el tomo 3.º de su obra, titulada *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad,* afirma el Sr. Azcárate que la anticresis limita el ejercicio de algunos de los derechos que integran el dominio, cuales son el de disponer y el de gozar de los frutos, que es en lo que consiste la esencia de los derechos reales, sólo que ese derecho real anticrético no alcanza á su juicio más que una extensión limitada, la propia de la naturaleza de la institución, ó sea la de procurar el pago de una deuda y de sus intereses.

Esta cuestión es de interés, pues de su solución depende que se estime ó no como inscribible en el Registro de la propiedad el derecho nacido de la anticresis á favor del acreedor. En nuestra opinión, dados los términos del artículo que examinamos, debe considerarse como real é inscribible ese derecho, porque hay una desmembración parcial del dominio que se transmite en dicha parte al acreedor, si bien no con carácter permanente, sino temporal, sujeta en su subsistencia dicha transmisión á la realización del crédito en cuanto al principal é intereses correspondientes si se devengaren, y además, porque de lo contrario po-

drían ocasionarse multitud de conflictos entre acreedores hipotecarios y anticresistas, que quedarían perfectamente evitados obligando á éstos á inscribir su derecho en el Registro, como los demás derechos reales, para que pudiera surtir efecto en perjuicio de tercero. De no admitirse la inscripción, podría fácilmente burlarse el derecho del acreedor vendiendo ó hipotecando el deudor á un tercero los bienes dados en anticresis después de constituída ésta, y quedaría así desvirtuada la naturaleza del contrato porque vendría á ser completamente ilusoria la garantía real dada en el mismo.

A esto no se opone el que ese derecho nacido de la anticresis á favor del acreedor sea de extensión limitada, por limitarle la naturaleza de la institución á procurar el pago de una deuda y de sus intereses, como dice el Sr. Azcárate en la obra antes citada, pues lo mismo sucede con la hipoteca, y á nadie se ocurrirá negar á ésta por ese motivo su condición de derecho real y su cualidad de inscribible.

II. *Concordancias.*—El artículo que examinamos concuerda sustancialmente con los artículos 2085 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1891 del de Italia, con el 837 del de Portugal, con el 2008 y el 2012 del de Guatemala, con el 3239 del de la República Argentina, con el 2302 del del Uruguay, con el 2272 del de Veracruz-Llave, con el 2435 del de Chile, con el 1927 del de Méjico y con el 1810 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1882

El acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado á pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca.

Lo está asimismo á hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación.

Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto.

I. *Fundamento jurídico de los preceptos de este artículo.*—El derecho que el acreedor adquiere por virtud de la anticresis para

hacer suyos los frutos producidos por los bienes dados en dicho concepto, impone á aquél dos obligaciones que son consecuencia necesaria de dicho contrato, puesto que se derivan de su propia naturaleza.

Esas obligaciones son: la de pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre los bienes indicados; y la de conservar éstos en buen estado. Y si bien son comunes los fundamentos jurídicos de ambas, conviene, sin embargo, para mayor claridad, examinarlas por separado.

a) *Pago de contribuciones y cargas.*—Como las contribuciones, y lo mismo las cargas permanentes de la propiedad inmueble, gravan necesariamente los frutos de la misma, es de todo punto lógico y racional que el pago de unas y otras corra á cargo de aquel que perciba dichos frutos.

El Código, pues, al consignar el precepto contenido en el párrafo 1.° del presente artículo, ha venido á establecer una regla de indiscutible justicia, y que el mero buen sentido basta para justificarla. Pero existe además otra razón, deducida del interés del propio acreedor anticresista, para imponer á éste la obligación indicada.

En efecto; si el deudor fuera el obligado á satisfacer las contribuciones y las demás cargas que pesaren sobre los bienes dados en anticresis, se le concedería imprudentemente la facultad ó el medio de hacer ineficaz el contrato celebrado, pues con no abonar dichas contribuciones y cargas, los bienes citados tendrían que ser vendidos para cubrir las responsabilidades contraídas por dichos conceptos, con las prelaciones correspondientes á las mismas, y el acreedor anticresista quedaría privado de la garantía constituída en dicho contrato.

Para evitar esos inconvenientes, en interés del mismo acreedor, se impone á éste la obligación del abono, si bien las cantidades que satisfaga con ese motivo habrán de ser baja de los frutos percibidos, á fin de que no sufra perjuicio alguno por dicho motivo.

Bastan las indicaciones precedentes para dejar demostrada

la procedencia del precepto indicado en cuanto deja á cargo del anticresista la obligación mencionada como una necesidad derivada de la naturaleza misma de la anticresis, é impuesta por la razón natural como una medida de precaución y de prudencia, conveniente en sumo grado para el acreedor. Sin embargo, esa regla no es absoluta, sino que puede ser modificada por los pactos que se estipulen como propios del contrato por los interesados en el mismo, pues la ley civil deja en libertad á las partes contratantes para que establezcan las convenciones que estimen más convenientes á sus intereses.

La disposición que examinamos tiene, por lo tanto, un carácter puramente supletorio para el caso en que no conste la voluntad en contrario de los contratantes. Si existiere pacto especial, á lo pactado habrá de estarse; y si, por el contrario, las partes no hubieran convenido especialmente nada sobre ello, se observará lo prescrito para dicho caso en este artículo.

Con motivo del pago de las contribuciones y cargas de los bienes anticréticos, discuten algunos si corresponde al acreedor el abono de todas ellas, distinguiendo entre las ordinarias y las extraordinarias, las primeras de las cuales las consideran de cargo del acreedor; pero no las segundas, fundándose para ello en que el disfrute de los bienes afectos á dicha carga es sólo temporal, y, por lo tanto, limitado. Mas, á nuestro juicio, esa distinción carece de base jurídica, pues en identidad de circunstancias se encuentran unos y otros de dichos gravámenes, y, por lo tanto, debe ser común para todos ellos la regla establecida por la ley.

b) Gastos de conservación.—Cuanto hemos dicho acerca del pago de las contribuciones y cargas, es aplicable al abono de los gastos necesarios para la conservación y reparación de los bienes dados en anticresis; abono impuesto también al acreedor como obligación precisa por el párrafo 2.º del presente artículo.

El fundamento de dicha obligación es el mismo que tenemos ya indicado al ocuparnos de la anterior. Para que produzcan sus naturales y legítimos frutos los bienes que constituyen la ga-

rantía especial anticrética, es indispensable la reparación y conservación de los mismos, á fin de que se hallen en condiciones de producirlos; y como esa carga grava igualmente los frutos y corre en tal concepto á cargo del dueño de los bienes indicados, corresponde su abono, dentro de los términos estrictos, no sólo de la justicia, sino hasta de la equidad y de la moral, al acreedor que se subroga en lugar de dicho dueño, percibiendo en tal concepto los frutos que en otro caso serían aprovechados por aquél.

Nadie tan interesado como el acreedor anticresista, en que se hagan las obras necesarias para la conservación y reparación de dichos bienes, pues de lo contrario, no producirían los frutos con que contaba para el cobro de su crédito, quedando ineficaz el contrato, puesto que al convertirse en improductivos los bienes por la falta de las reparaciones y cuidados debidos, perdería la garantía real convenida en el contrato. Y como de dejarse á cargo del deudor dichos gastos, podría éste burlar el derecho del acreedor dejando de cumplir tal obligación, no ha podido prescindir la ley de imponerla al acreedor, si bien le concede el derecho de reintegrarse de tales gastos deduciendo su importe de los frutos percibidos, como sucede respecto del pago de las contribuciones y demás cargas que pesen sobre los bienes anticréticos, según se previene en el párrafo 3.° del mismo artículo, cuya prescripción es común á las dos obligaciones de que nos ocupamos.

Además, ésta segunda se halla impuesta por la naturaleza misma del contrato de anticresis, pues, atendido su objeto, una vez satisfecho su crédito con los frutos percibidos á cuenta del mismo, tiene que restituir el acreedor al deudor los bienes dados en tal concepto en las buenas condiciones en que los recibiera, siendo responsable en otro caso, en los mismos términos que el depositario en cuyo caso se encuentra.

II. *Concordancias.*—Concuerda este artículo con el 2086 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1892 del de Italia, con el 2275 y el 2276 del de Veracruz-Llave, con el 1932 y el 1933

del de Méjico, con el 2011 y el 2014 del de Guatemala, con el 2037 del del Uruguay, con el 2440 del de Chile, con el 2108 y el 2109 del de Bolivia, con el 3258 y el 3259 del de la República Argentina, con el 1815 y el 1816 del de la Baja California, con el 3144 del de la Luisiana, y con algunos otros.

ARTÍCULO 1883

El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe á su acreedor.

Pero éste, para librarse de las obligaciones que le impone el artículo anterior, puede siempre obligar al deudor á que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario.

Dos son los preceptos que comprende el presente artículo derivándose ambos de la naturaleza especial del contrato anticrético.

El primero de ellos, que es también el comprendido en el párrafo 1.° del mismo, se halla conforme con lo establecido en el art. 1871. Los derechos que al acreedor concede la anticresis para hacer suyos los frutos con la aplicación ordenada en el artículo 1881, no se extinguen mientras subsiste la obligación principal ó sea hasta que se cancele el crédito asegurado con dicha garantía; y desde luego se comprende que así sea, pues entregándose al acreedor los bienes objeto del contrato, sobre los cuales se impone la anticresis, para asegurar y facilitar la realización de dicho crédito, es indudable que si el deudor pudiera recobrar el goce de tales bienes, antes de satisfacerse *por completo* todas las responsabilidades propias del contrato quedaría éste ineficaz y de nada serviría la constitución de la garantía mencionada. Por eso el Código, en el artículo que examinamos, establece como regla absoluta que el deudor anticresista no puede readquirir el goce del inmueble dado en anticresis, sin haber pagado antes enteramente lo que debe á su acreedor.

Este es un efecto común á este contrato y al de prenda, cuyas circunstancias son idénticas en cuanto á este extremo, y en su consecuencia, todo lo que dijimos acerca de ello en el comentario del art. 1871 tiene perfecta aplicación al presente. Por lo tanto, no insistimos en ello para no incurrir en innecesarias repeticiones.

Cierto es que la voluntad del acreedor puede autorizar al deudor para percibir los frutos de los bienes indicados; pero en ese caso el contrato dejaría de ser una verdadera anticresis para convertirse en otra convención distinta.

Conforme con la disposición indicada, se hallaba la doctrina consignada en las leyes 21 y 38 del tít. 13 de la Partida 5.ª, las cuales, con referencia á la prenda, pues entonces ésta podía tener por objeto tanto los bienes muebles como inmuebles, disponían de una manera preceptiva y general, que el deudor tenía que pagar al acreedor la totalidad de la deuda para poder recuperar la cosa empeñada, y debía satisfacer también las espensas que hubiere hecho, concediendo á éste el derecho de retención hasta que se hiciere efectivo íntegramente el importe de la deuda.

El segundo de los preceptos contenidos en este artículo, es consecuencia también de la propia naturaleza de la anticresis. En efecto, como este contrato se otorga exclusivamente en favor del acreedor para la seguridad en la realización de su crédito, y, por consiguiente, para la protección de sus derechos, resultaría desvirtuado y aun contradicho ese fin si se le obligase á retener los bienes hasta la extinción de la obligación principal, en el caso de que no le conviniera continuar con el disfrute de los bienes dados en tal concepto por ser mayores los gastos que los frutos, convirtiéndose entonces dicho aprovechamiento en una carga en vez de un beneficio, que es lo que se propuso obtener con el contrato.

Para evitar este inconveniente, la ley autoriza al acreedor por la disposición establecida en el párrafo 2.º de este artículo, para cesar en dicho disfrute y obligar al deudor á que entre en

el goce de los bienes anticréticos, librándose así de las obligaciones que le impone el art. 1882, respecto del abono de las contribuciones y cargas y de la realización de las obras ó gastos necesarios para la conservación y reparación de los mismos.

Hay, pues, una rescisión del contrato en lo relativo á la garantía, sin necesidad del *mutuo disenso* y por la sola voluntad del acreedor: rescisión derivada del error padecido al estimar como superiores los productos á los gastos, y como beneficioso el contrato, y que está facultado el acreedor para llevarlo á cabo en todo caso y en todo tiempo, sin más limitación que la existencia de pacto en contrario, pues desde luego se comprende que las condiciones naturales del contrato de anticresis, están sujetas á las diversas modalidades que pueda hacer introducir el interés ó la conveniencia de las partes, como sucede con todas las demás convenciones, en cuanto no fuere esencial é irreformable.

La razón jurídica de dicho precepto es la que acabamos de indicar, y su justicia es indiscutible, pues como garantía constituída á su favor, que tal es el disfrute y aprovechamiento de los productos de los bienes dados en anticresis, puede renunciarla siempre que le convenga sin que por esto se entienda que el deudor debe pagar el crédito antes del plazo estipulado. Y como el derecho al abandono del disfrute carecería de eficacia si no pudiera compelerse al deudor á readquirir el goce de los bienes citados, por eso la ley faculta al acreedor para *obligar* á aquel para que entre en dicho disfrute, pudiendo acudir para hacer efectiva dicha obligación á todos los medios legales, inclusa la intervención judicial si necesaria fuere.

Tan claros y explícitos son los términos del presente artículo, que no necesitan mayor explicación para su exacta inteligencia.

Concordancias.—Concuerda el mismo con los artículos 2087 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1893 del de Italia, con el 2311 del del Uruguay, con el 2277 y 2278 del de Veracruz-Llave, con el 2444 del de Chile, con el 2110 del de Bolivia, con el 3145 del de la Luisiana, con el 3257 del de la República Argentina y con algunos otros.

ARTÍCULO 1884

El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda ó la venta del inmueble.

Este es otro efecto de la anticresis común á la prenda y á la hipoteca, según el art. 1859, solo que las consecuencias son distintas en uno y otro caso.

Al comentar el art. 1872 dijimos que, en general, el acreedor prendario no podía hacer suya la cosa dada en prenda por el mero transcurso del plazo estipulado sin haberse efectuado el pago de la deuda, y expusimos la doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección de los Registros relacionadas con esta cuestión, y todo lo dicho entonces acerca de este particular tiene aquí perfecta aplicación.

Esa facultad del acreedor de quedarse con la cosa dada en garantía cuando no se cumplía la obligación principal, era lo que realmente constituía el antiguo *pacto comisorio,* rechazado ya por el Derecho romano, prohibido en absoluto por Constantino y declarado nulo por la ley 41, tít. 5.º de la Partida 5.ª, y por la jurisprudencia constante de dicho Supremo Tribunal.

El Código lo ha rechazado también, y conforme con ese principio axiomático, fundado en una razón de moralidad indiscutible, el acreedor anticresista no adquiere la propiedad de la finca dada en anticresis por la sola falta de pago dentro del plazo convenido, como el acreedor prendario ó el hipotecario no adquiere tampoco la de la cosa pignorada ó hipotecada, siendo idéntico el fundamento legal en uno y otros casos, y además la ley estima como nulo cualquier pacto que se estipulare en contrario: limi-

tación á la libertad de contratación, impuesta por la necesidad para la debida sanción y eficacia de la prohibición indicada.

Pero si bien la disposición y el fundamento legal son los mismos en la prenda y en la anticresis, las consecuencias de la falta de pago son distintas, pues en la primera el acreedor puede proceder por sí á la venta de la cosa pignorada en la forma establecida por el art. 1872, con las amplitudes que han venido á dar á su sentido las resoluciones y sentencias que citamos en el comentario de dicho artículo, y por el contrario, el acreedor anticresista, como el hipotecario, no se halla expresamente autorizado para proceder á la enajenación por sí, sino que, en todo caso, si no se hiciere efectiva la deuda á su vencimiento, no tiene otro derecho que el de pedir, en la forma que previene la ley de Enjuiciamiento civil, el pago de lo debido ó la venta del inmueble dado en anticresis. La distinta naturaleza de los bienes objeto de uno y otro de dichos contratos, es motivo suficiente á justificar dicha diferencia según tenemos ya indicado.

Concordancias.—Algunos precedentes de esta disposición se encuentran en las prescripciones de la ley 41, tít. 5.º de la Partida 5.ª, antes citada, y de la 12, tít. 13 de la misma Partida, y concuerda además este artículo con el 2088 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1894 del de Italia, con el 3252 del de la República Argentina, con el 2211 del de Bolivia, con el 2016 del de Guatemala, con el 2279 del de Veracruz-Llave, con el 2308 del del Uruguay, con el 2441 del de Chile, con el 3146 del de la Luisiana, con el 1938 del de Méjico, y con el 1821 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1885

Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis.

El precepto contenido en este artículo es consecuencia de la definición de la anticresis consignada en el 1881, pues como

quiera que según ella el acreedor adquiere por virtud de dicho contrato el derecho de percibir los frutos de los inmuebles dados en tal concepto con la obligación determinada de aplicarlos al pago de los intereses, en su caso, y después al del capital, aun cuando no se consigne especialmente en el contrato esa estipulación por ser inherente al mismo, es de todo punto indispensable que se establezca de una manera expresa la compensación á que se refiere este artículo, cuando se hubiere convenido que se compensen los intereses con dichos frutos.

Esto último es el único objeto de la disposición legal que examinamos, cuyo sentido no ha sido bien entendido por algunos de los comentadores del Código, siendo ello causa de que se haya estimado que huelga el presente artículo, en la creencia de que su precepto era una reproducción de lo consignado ya en el primero de este capítulo.

No fué ese el objeto de los autores del Código, sino otro muy distinto, según resulta del examen atento de los términos de uno y otro de dichos artículos. Con arreglo al primero de ellos, los frutos de los bienes dados en anticresis deben ser aplicados al pago de los intereses estipulados en la parte necesaria después de deducidos de los mismos, según el art. 1882, el importe de las contribuciones y cargas satisfechas y de los gastos necesarios de conservación y reparación, y el sobrante que resultare habrá de ser imputado á pago en parte del capital del crédito asegurado.

Esta es la regla general, pero la misma puede estar modificada por la voluntad de los interesados, ley suprema para las partes contratantes, las cuales pueden válidamente establecer que los frutos, cualesquiera que éstos sean, alcance á mucho ó á poco el importe de los mismos después de hechas las deducciones indicadas, se imputen en su totalidad á intereses compensándolos con éstos y corriendo dichos intereses las mismas eventualidades que aquéllos.

De lo expuesto resulta que las partes, en el contrato de anticresis, pueden establecer un tipo fijo para los intereses ó estipular como importe de éstos lo que sobre de los frutos, después

de deducida de los mismos la cantidad á que asciendan las responsabilidades que deben satisfacerse con cargo á ellos con arreglo al art. 1882, que es lo que quiere decir compensar unos con otros.

En este último caso, como desde luego se comprende, no puede imputarse parte alguna de los frutos al pago del capital, sino que, por el contrario, ha de ser satisfecho éste con independencia de dichos frutos; y como de no existir una disposición especial que autorizara la citada compensación, podría creerse que necesariamente y en todo caso tenía que regir el precepto del artículo 1881, aplicándose los productos líquidos, primero, al pago de los intereses, cuando se devengaren ó estuvieren expresamente estipulados, y al pago del principal el resto, ó la totalidad cuando no se devengaren aquéllos, los autores del Código estimaron preciso para evitar toda duda la consignación especial de la facultad que los contratantes tienen para la compensación mencionada.

El art. 1881 sanciona, pues, la regla general que ha de regir forzosa y necesariamente siempre que no exista el pacto especial indicado, y el 1885 establece la excepción de esa regla para el caso de que se estipule dicho pacto.

Este es consecuencia de la libertad concedida para la fijación de los intereses, pues abolida la tasa legal por la ley de 1856, las partes pueden fijar libremente la cuantía y condición de dichos intereses, pudiendo percibirse los mismos en dinero que en especie, y, por consiguiente, compensarse los intereses con los frutos.

No huelga, pues, este artículo; antes bien, llena una necesidad, y su precepto es muy conveniente para impedir dudas é interpretaciones torcidas, lo que debe constituir una de las especiales circunstancias que han de concurrir en toda ley.

Concordancias.—Réstanos indicar, conforme al sistema que hemos adoptado, algunas de las principales concordancias que presenta la disposición que examinamos con las legislaciones más importantes y modernas, y en tal concepto podemos citar

los artículos 2089 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 1895 del de Italia, el 1938 del de Méjico, el 2443 del de Chile, el 3246 del de la República Argentina, el 2310 del del Uruguay, el 3147 del de la Luisiana, y otros.

ARTÍCULO 1886

Son aplicables á este contrato el último párrafo del artículo 1857, el párrafo 2.º del art. 1866, y los artículos 1860 y 1861.

Como los bienes en la anticresis se entregan al acreedor, no para que los haga suyos, sino para garantir el pago del crédito asegurado con ella, y además para ir realizando con sus frutos los intereses y el principal del mismo, es indudable que bajo el primero de estos conceptos es dicho contrato una convención igual á la de la prenda y la hipoteca, produciendo en su consecuencia los mismos efectos esenciales que éstas, en cuya virtud deben estar regulados por las mismas disposiciones.

De aquí que para no tener que repetir el Código los preceptos ya expuestos con relación á los efectos indicados de la prenda y la hipoteca comunes á la anticresis, se limita á establecer una disposición de mera referencia haciendo aplicables al contrato anticrético las prescripciones especialmente citadas en este artículo.

Según ellas, las terceras personas extrañas á la obligación principal pueden asegurar por el deudor su cumplimiento entregando en anticresis sus propios bienes: es también propio de este contrato la extensión del derecho de retención autorizada en el de prenda para el caso de que el deudor contrajese con el acreedor otra deuda, exigible antes de haberse pagado la primera, hasta la satisfacción de ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción á la seguridad de la segunda deuda; es además indivisible la anticresis como la prenda y la hipoteca con todas las consecuencias jurídicas y las limitaciones ó excepcio-

nes establecidas respecto de estos contratos y que hemos examinado ya; y por último puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas á condición suspensiva ó resolutoria.

Véase lo que dijimos en su lugar oportuno comentando el párrafo último del art. 1857, el 2.º párrafo del 1866 y los arts. 1860 y 1861, pues todo lo expuesto entonces tiene perfecta aplicación ahora, y á ello nos remitimos dándolo aquí por reproducido para mayor brevedad.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 2090 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1896 del de Italia, con el 2311 del de Uruguay, con el 1938 y 1939 del de Méjico, con el 1821 y el 1822 del de la Baja California, y algunos otros.

TÍTULO XVI

DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN SIN CONVENIO

Después de regular el Código en los títulos anteriores de este libro las obligaciones en general y los contratos, así como las especialmente derivadas de cada uno de éstos, ocúpase en el título presente de las obligaciones que se contraen sin convenio, siguiendo de este modo el método adoptado por casi todas las legislaciones y el orden que impone necesariamente la razón jurídica, pues de todo punto es indudable que el vínculo derivado de los actos generadores de las obligaciones puede contraerse unas veces, las más de ellas, voluntariamente, mediante la convención de las partes, y otras, las menos, con independencia de la voluntad de las mismas. Y siendo la primera de dichas formas la regla general y la segunda la excepción, la ley no puede menos de ocuparse de las obligaciones nacidas sin convenio después de las que deben su orígen al pacto ó á la voluntad de los contrayentes.

Las obligaciones que no tienen su causa en la convención pueden ser de distintas clases, según el hecho que las engendre. En efecto, hay casos en que sin querer obligarse para con otro el que realiza el acto jurídico, fuente ú orígen de las mismas, queda éste obligado por la voluntad implícita que supone dicho acto, y por la consideración de que el que ejecuta ciertos hechos consiente tácitamente en sus consecuencias. La ley presume entonces que se ha prestado ese consentimiento, porque según ha

dicho el Sr. Falcón «el hombre que es autor de sus hechos debe ser responsables de sus resultados». Ese consentimiento tácito es lo que da vida á dichas obligaciones. Pero hay otros en que el vínculo jurídico no nace del consentimiento presunto ó tácito, sino de su propia naturaleza y de sus consecuencias, pues los actos humanos pueden ser lícitos ó ilícitos y en estos últimos pueden producirse perjuicios ó causarse daños á personas distintas de los que los ejecutan, y entonces surje inmediatamente, por imperio de la ley y por imposición de la misma, la obligación civil de su indemnización ó reparación.

En ese conjunto de relaciones jurídicas que constituyen la vida del derecho en sus más amplias manifestaciones, vemos perfectamente definidos dentro del orden de las obligaciones nacidas sin convención dos especies ó grupos diferentes, los cuales sólo pueden estimarse juntos bajo el epígrafe común de este título; pero que por lo demás difieren, no sólo en cuanto á su causa y á la razón filosófica de su nacimiento, sino también en lo relativo á sus especiales efectos, como veremos más adelante.

El primero de dichos grupos está formado por aquellas obligaciones que traen su orígen de hechos voluntarios y lícitos, por los cuales, sin mediar convención expresa, resulta obligado su autor para con un tercero en razón al consentimiento tácito ó presunto de que antes hemos hablado, lo que hizo que el derecho romano, y con él los civilistas, le llamarán *cuasi-contratos* en consideración á su orígen, nombre que conservan aún en el Código civil.

El segundo lo constituyen las obligaciones que nacen de hechos ilícitos sin intención, ó de omisiones involuntarias, pero en los que interviene culpa ó negligencia, no punibles, por parte del que incurre en dichos actos ú omisiones ó de otras personas de las cuales se deba responder. Estas no nacen, como hemos dicho ya, solamente de la voluntad ó del consentimiento presunto, sino de la culpa ó negligencia, y así se las denomina en el tecnicismo jurídico.

Pero aun todavía puede registrarse otro grupo distinto, com-

puesto por las obligaciones derivadas de los hechos ilícitos en que por la intención y por la voluntad del agente, y aun por la imprudencia ó negligencia punible del mismo, deben reputarse como constitutivos de delitos ó faltas.

El Código civil se ocupa en este título tan sólo de las obligaciones correspondientes á cada uno de los dos primeros grupos, dejando todo lo relativo al examen y regulación de las del tercero al Código penal como materia propia del mismo. Y para tratar aquéllas con la debida independencia y separación, divide la materia propia de este título en dos capítulos distintos, consagrado el primero á los cuasicontratos ó sea á las obligaciones nacidas del consentimiento presunto, y el segundo á las que tienen su origen en la culpa ó en la negligencia, estando dividido á su vez el primero de ellos en dos secciones que respectivamente tienen por objeto la *gestión de negocios ajenos* y el *cobro* de lo indebido, pues con muy buen acuerdo el Código prescindió de los demás cuasicontratos que por los tratadistas y en el antiguo derecho se reconocían, ajustándose en esto á la tendencia á la reducción que se observa en los Códigos modernos, y reconociendo á los demás como organismos precedentemente reglamentados.

No hemos de detenernos en la crítica de esa tendencia ni en el estudio de sus causas; pero bastaría á justificar la reforma, la mera consideración expuesta por el Sr. Antequera, según el que no necesitan los demás cuasicontratos, comunmente reconocidos como tales, ser objeto de disposiciones especiales de la ley bajo dicha forma, cuando son hechos relacionados con otras instituciones legales muy importantes donde figuran convenientemente.

Por eso, prescindiendo de toda nueva indicación sobre el método seguido en este título, pasamos desde luego al examen de las prescripciones correspondientes á cada uno de los dos capítulos en que se han distribuído las disposiciones del mismo.

CAPÍTULO PRIMERO

De los cuasicontratos.

Es doctrina corriente en todas las legislaciones y entre todos los tratadistas que el consentimiento origen de las obligaciones civiles puede manifestarse de dos maneras distintas: una expresa mediante el concurso de voluntades de las personas interesadas en la relación jurídica que se crea para la constitución de dicha obligación, que es lo que recibe el nombre de contrato, y otra tácita derivada de actos ejecutados por una sola parte sin convención alguna; pero que el que los ejecuta tiene que quedar sujeto á las consecuencias que en derecho puedan producir los mismos, pues la ley presume que el que los lleva á cabo lo hace con la intención de someterse á todos sus efectos jurídicos. De aquí que por la analogía que esta clase de actos tienen con los contratos, de los cuales sólo le separan la falta de convención ó de expresión del consentimiento, se les haya dado el nombre de cuasicontratos.

Sin embargo, no pueden confundirse unos y otros, ni estimarse idéntica la razón de derecho en los mismos, pues aparte de la diferencia indicada de ser en los contratos expresa la voluntad y tácita en los cuasicontratos, existe otra no menos esencial é importante, cual es la de que éstos no traen origen de la convención como los contratos, sino que son impuestos por la ley en virtud de los altos principios de equidad y de justicia. Podemos, pues, determinar el concepto del cuasicontrato, diciendo que éste se contrae á aquellas obligaciones no convencionales que proceden de hechos lícitos libremente ejecutados, en virtud de los cuales podemos ser compelidos á dar ó á hacer alguna cosa.

En el antiguo derecho romano sólo existían dos modos ó for-

mas de contraerse las obligaciones: el contrato y el delito. Pero la práctica demostró que existían otras fuentes de obligaciones intermedias, que si no cabían en aquellos dos exclusivos moldes, no por eso dejaban de producir consecuencias y efectos ciertos en el orden jurídico, y los intérpretes dieron solución á la dificultad, introduciendo en el tecnicismo del derecho las denominaciones de cuasicontratos y cuasidelitos, aceptadas después por Justiniano, quien en el tít. 27, libro 3.º de las Instituciones, se ocupó de la materia relativa á las obligaciones que nacen del cuasicontrato.

Nuestras leyes de Partidas omitieron por completo este título, así como dichas denominaciones, mas no por eso dejaron de conocer su existencia, de lo que tenemos una prueba en la ley 26, tít. 12 de la Partida 5.ª

El número de los cuasicontratos puede ser indeterminado, como puede serlo el de los hechos lícitos, generadores de dichas obligaciones; pero el Código, según veremos más adelante, en la imposibilidad de enumerarlos todos ó de incluirlos en una clasificación metódica y regular, se ocupa tan sólo de dos, que son la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido, sin pretender por eso excluir los demás.

Nuestro antiguo derecho, y lo mismo las leyes romanas, admitían otros cuasicontratos, y generalmente los expositores del estado legal anterior á la publicación del Código civil, inspirándose en las leyes citadas, enumeraban como otros tantos cuasicontratos, además de los ya dichos, la comunión de bienes, que no procedía del contrato de sociedad, la aceptación ó adición de la herencia, y la administración de la tutela ó curatela; pero si bien en realidad constituyen otras tantas fuentes de obligaciones sin convención, y son verdaderos cuasicontratos, en opinión de la mayor parte de los intérpretes de nuestro derecho, porque en todos esos casos existe un consentimiento tácito manifestado por un hecho del que nace una obligación civil, perfectamente exigible, es lo cierto que en otras diversas partes del nuevo cuerpo legal se determinan y regulan los efectos de los

indicados hechos, y por lo tanto, los autores del Código, procediendo con buen acuerdo, han prescindido de ellos en este lugar, limitándose tan sólo en el presente título á los dos únicos cuasicontratos, que á pesar de ser los más propios y comunes, no habían sido objeto de reglamentación anterior.

ARTÍCULO 1887

Son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y á veces una obligación recíproca entre los interesados.

I. *Noción jurídica de los cuasicontratos.*—El objeto de la disposición de este artículo, inicial del cap. 1.º del presente título, es la definición de los cuasicontratos, como medio de precisar por sus términos la noción jurídica de los mismos, la cual se halla en un todo conforme con lo que tenemos dicho acerca de su concepto legal.

La base 21 de la ley de 11 de Mayo de 1888 mandó que en el Código, que había de redactarse con arreglo á ella, se mantuviese el concepto de los cuasicontratos conforme á los altos principios de justicia en que descansaba la doctrina del antiguo derecho, unánimemente seguido por los modernos Códigos, determinándose las responsabilidades que pueden surgir de los distintos hechos voluntarios que les dan causa; pero en la primitiva edición, si bien se procuró dar en este mismo artículo la noción justa de los cuasicontratos, exponiendo su razón de dependencia de los actos lícitos que le dan origen, y presentando como fundamento de su existencia la voluntad del que los ejecuta, ó sea la voluntariedad de tales hechos, no era lo suficientemente claro y explícito el concepto de los mismos; y por esto, al llevarse á efecto la revisión y nueva edición decretada por la ley de 26 de Mayo de 1889 se alteraron por completo dichos términos, optándose por el medio de la definición, como el más fácil y conveniente para dar idea precisa de la institución.

En efecto, en un principio decía el artículo que examinamos: «Hay hechos voluntarios y lícitos que crean obligaciones entre los que los realizan y aquel á quien interesan»; pero como desde luego se comprende, con esta expresión sólo queda ligeramente esbozada la noción jurídica de los cuasicontratos, pudiendo darse lugar á dudas y confusiones, tanto respecto de su especial naturaleza, como en lo relativo á la causa de obligar en los mismos.

Para evitar dichas dudas y confusiones, dando al concepto de los cuasicontratos toda la claridad debida y facilitando así su inteligencia, la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación, encargada de llevar á efecto la revisión ya dicha, estimó de suma utilidad alterar la redacción de este artículo en los términos que hemos dejado expuestos, dando la definición que en él se consigna, con lo que resulta mucho más explícita que en su primitivo texto la disposición que examinamos.

Según ella, los cuasicontratos no son producto de voluntades concordadas, sino que surgen de hechos lícitos y puramente voluntarios, que tienen su origen, por lo tanto, en la propia determinación de la voluntad del que los ejecuta, por cuyo motivo le son perfectamente imputables con arreglo á los principios de justicia y de equidad, viniendo por consecuencia de ello obligado para con un tercero por virtud de la responsabilidad á que su imputación da origen, y pudiendo á veces darse lugar á una obligación recíproca entre los interesados por las mutuas prestaciones que se derivan de esos hechos ó á que dan lugar los mismos, como sucede en la *gestión de negocios ajenos*.

Con las indicaciones que tenemos ya hechas, fácilmente puede llegarse á la inteligencia de los términos en que se halla concebida la definición de los cuasicontratos.

Con arreglo á ellos, son tres los elementos ó requisitos precisos para su existencia, á saber: 1.º, que sean lícitos los actos de que se derive la obligación; 2.º, que dichos actos sean además voluntarios; y 3.º, que no exista convención.

Han de ser lícitos los actos que den origen al cuasicontrato,

porque en otro caso, siendo ilícito el hecho, aun cuando no fuera delictivo, daría lugar á las obligaciones que nacen del dolo, de la mora y aun de la culpa, y si, por el contrario, llegase á constituir delito, se produciría una obligación, no por razón de cuasicontrato, sino por responsabilidad civil consecutiva de la penal.

Han de ser también voluntarios por parte del que ejecuta tales hechos, porque sin la libre voluntad del agente no puede haber la imputabilidad, base de la responsabilidad que engendra la obligación para con el tercero. Sin embargo, se dice por algunos que en ciertos casos pueden ser involuntarios ó reputarse tales, como sucede en el cobro ó pago de lo indebido, y en todos los realizados por error, porque éste es contrario á toda idea de voluntad; pero la equivocación en que incurren los que tal suponen es bien patente y notoria, pues aunque se proceda por error ó por un motivo equivocado, la voluntad es la que determina el acto, revistiendo, por lo tanto, el carácter que hemos indicado.

Y por último, es requisito esencial de los cuasicontratos el que no exista en ellos convención, porque los factores de la relación jurídica constituída en ellos son única y exclusivamente los hechos y los principios de justicia que la ley aplica á los mismos, imponiendo sus consecuencias obligatorias, y además porque de existir la convención se daría origen al contrato y no á esta *entidad* jurídica.

En cuanto al fundamento racional y jurídico de los cuasicontratos, discuten los autores, sustentándose por los mismos diversas teorías más ó menos científicas ó jurídicas, que revelan una falta de base sólida en la doctrina. Con tal motivo se habla, para justificar la causa ó la fuente de tales obligaciones, de la teoría del consentimiento tácito, de la del consentimiento presunto y de la de la equidad natural, de las cuales habremos de ocuparnos más adelante, las que á su vez han sido objeto de impugnación por algunos tratadistas, entre ellos el Sr. Sánchez Román, quienes estiman que la primera de ellas es errónea, fundándose para ello en que en los cuasicontratos no hay, á su

juicio, nada que autorice para afirmar la intervención de ese consentimiento tácito, pues á ser verdad esta circunstancia, la de ser expreso ó tácito, sería tan sólo un accidente de forma ó de prueba, y una vez acreditada, produciría el contrato y no el cuasicontrato. En cuanto á la teoría del consentimiento presunto, la consideran igualmente falsa, porque no puede proceder esta presunción, sino de la declaración de la ley, que la convierte en una ficción de la misma, absolutamente desprovista de fundamento en la realidad, y reducida, por consiguiente, á la categoría de una razón de justicia de sus disposiciones. Y por último, afirman que la 3.ª, ó sea la de la equidad natural, es completamente inadecuada para la justificación de la existencia de los cuasicontratos, siendo además innecesaria en ella la creación de éstos, los cuales resultan como un artificio inútil, incapaz de añadir ninguna fuerza para el debido cumplimiento de los dictados de equidad, ó mejor dicho, de justicia, que la ley ha sancionado, convirtiéndoles en regla jurídica y de carácter obligatorio.

Pero ya hemos dicho que más adelante hemos de ocuparnos de esas teorías, y no debemos anticipar ahora idea alguna sobre su crítica, bastando las indicaciones hechas para que se conozca el estado de opinión dentro de la doctrina. Por lo demás, ya hemos expuesto el fundamento, la razón jurídica y la causa de obligar de los cuasicontratos, así como de las obligaciones que de ellos se derivan, y no necesitamos insistir sobre ello.

Para completar el concepto de los mismos, réstanos decir que las obligaciones que nacen de un cuasicontrato, tienen un carácter semejante á las que provienen de los contratos y producen efectos análogos á éstas, y aun en la mayor parte de los casos tienen grandes analogías los cuasicontratos con algunos de los contratos, como sucede, por ejemplo, con la gestión de negocios respecto al mandato, con el pago de lo indebido en cuanto al mutuo, con la comunión de bienes con relación á la sociedad, etc., etc.

Ya hemos dicho que si bien el Código no se ocupa más que

de los dos cuasicontratos más comunes no excluye por esto á los demás que reunan las circunstancias ó requisitos esenciales de los mismos, y por eso la ley, en vez de limitarse á definir los dichos dos cuasicontratos, objeto de las dos secciones en que se divide el capítulo, nos da en este artículo una definición general y amplia de todos los que pueden tener existencia legal.

II. *Concordancias.*—El proyecto de Código de 1851 propuso un precepto análogo en su art. 1891, y concuerda además el que examinamos con los artículos 1371 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1140 del de Italia, con el 1269 del del Uruguay, con el 2284 del de Chile, con el 2272 del de la Luisiana, con el 1023 del de Vaud, con el 1638 del de la Baja California, y con algunos otros.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

Después de dar el Código la noción jurídica de los cuasicontratos con la definición consignada en el artículo precedente pasa á ocuparse con separación de los dos que especialmente reconoce, distribuyendo con tal objeto en dos secciones distintas las prescripciones que regulan los efectos jurídicos de los mismos. La primera de ellas está consagrada á la gestión de negocios ajenos, y la segunda al cobro de lo indebido; y este orden impuesto por la ley, con gran acierto en beneficio de la mayor claridad, nos obliga también á estudiar dichos cuasicontratos con igual separación, con tanto más motivo, cuanto que según veremos son distintas las circunstancias y los efectos de uno y otro.

El primero de ellos en el órden indicado es el de la gestión de negocios ajenos, ó sea el de la administración de bienes de otros sin mandato de su dueño, de cuyo cuasicontrato da una idea la ley 11, título 20, libro 3.º del Fuero Real; pero donde verdaderamente se desenvolvían y explicaban en nuestro antiguo derecho las principales disposiciones relacionadas con el

mismo, era en el título 12 de la Partida 5.ª, que fué tomado de los preceptos del título 5.º, libro 3.º del Digesto.

El Código reproduce en esta sección las prescripciones de las leyes 26, 28, 29 y 30 del título y Partida citados, adicionando á ellas aquellos preceptos que la costumbre y la jurisprudencia había establecido como necesarios para suplir sus deficiencias ó para aclarar y facilitar la inteligencia de las mismas.

Es la gestión de negocios ajenos uno de los hechos jurídicos lícitos por su naturaleza, siempre que reuna los requisitos que la ley determina, el cual se realiza voluntariamente, sin preceder convención y engendra desde luego por sí solo obligaciones recíprocas entre el gestor y el dueño ó interesado en aquellos negocios á que la gestión se extiende. Concurren, pues, en ese hecho todos los elementos constitutivos de los cuasicontratos, según la definición consignada en el art. 1887, y todos los requisitos esenciales de los mismos conforme al concepto que de ellos hemos expuesto anteriormente.

Autoriza también este cuasicontrato, según los tratadistas, el beneficio que reporta para la propiedad, pues á veces por descuido, por ausencias ó por otros motivos queda abandonada por completo la administración de algunos bienes ó el cuidado de determinados negocios, que llegarían á perderse si no los tomase á su cargo una tercera persona, en concepto de gestor oficioso, que con su diligencia y con sus actos evitase las consecuencias del abandono de los interesados, proporcionando así á estos un beneficio innegable y un bien evidente á la propiedad.

El gestor por el mero hecho de encargarse voluntariamente de la gestión, contrae obligaciones y responsabilidades que son ineludibles para él, bajo la pena civil de la indemnización correspondiente en otro caso, pero á la vez adquiere derechos y acciones que en su caso le es dado ejercitar, pues según hemos dicho este cuasicontrato engendra obligaciones recíprocas, y de ese modo sin que haya precedido el consentimiento de ambas partes nace una relación jurídica que liga al gestor y al dueño ó interesado en el negocio, objeto de la gestión, y que produce los

mismos efectos que habría producido dicho acto en el caso de que hubiera mediado la oportuna convención entre aquéllos.

Según la legislación de Partidas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, repetidísima y constante en este punto, es requisito indispensable, para que se dé lugar al cuasicontrato de que nos ocupamos, que los negocios objeto del mismo se hallen *abandonados*, bien por ausencia ó negligencia, ó bien por enfermedad ó incapacidad. El Código civil nada dice acerca de ello; pero entendemos que esta omisión en la nueva ley no puede ser causa de dificultad ni de opiniones distintas, puesto que esa condición es inherente al citado cuasicontrato porque, como ha dicho un autor, el inmiscuirse en la gestión de los bienes ó de los negocios que están atendidos por sus dueños «sería una verdadera usurpación, y aun en el caso de abandono la prohibición del dueño es bastante para que el gestor oficioso no pueda llevar adelante la gestión, so pena de exponerse á contraer las consiguientes responsabilidades, sin adquirir por su parte derecho alguno.»

Conforme con nuestra opinión están la generalidad de los comentadores del Código por lo que no insistimos sobre ello, por más que, como veremos más adelante, alguno ha creído encontrar fundamento en las palabras consignadas en la última parte del art. 1888 para suponer que en la actualidad no es necesario, ni menos indispensable, el requisito del abandono de los bienes ó de los negocios, cuya gestión toma á su cargo el gestor, para que pueda producirse válidamente este cuasicontrato.

Las reglas que rigen la gestión de negocios ajenos son idénticas á las del mandato, con el cual tantas analogías tiene. Sin embargo, la manera especial de constituirse dicho contrato, impone algunas variaciones de las que sólo haremos alguna ligera indicación, sin perjuicio de ocuparnos de ellas con más extensión en su lugar oportuno, pues ahora sólo nos limitamos á exponer el concepto jurídico de este cuasicontrato.

Distínguense, en efecto, la gestión de negocios ajenos y el mandato tácito, que es el que más se le asimila, ante todo, por

los términos de su constitución, pues según dicen los autores (1), el mandato tácito se funda en un consentimiento de esta clase ó sea en una falta de contradicción por parte del presunto mandante, cuya falta de contradicción constituye su conformidad *simultánea* á la celebración de dicho contrato, mientras que en la gestión de negocios no interviene ninguna realidad expresa ni tácita de consentimiento *simultáneo* sino una ficción ó una suposición de dicho consentimiento, que se presume prestado por aquel en cuyo beneficio se hace la gestión, después que la conozca, ó sea el consentimiento presunto.

Otro de los motivos por los que no pueden confundirse consiste en los supuestos de ambos actos jurídicos, pues el del mandato tácito es el mismo que el del mandato expreso, y por el contrario, el del cuasicontrato que examinamos responde á un principio de necesidad ó de conveniencia, nacido de las circunstancias y situación especiales en que se encuentran los bienes ó los negocios que han de ser objeto del mismo. Y por último, es otra de las causas de distinción entre ellos, las diferente naturaleza de uno y otro de dichos actos, pues el mandato tácito es un verdadero contrato con todas las consecuencias propias de ello, y la gestión de negocios, un mero cuasicontrato, produciendo, por lo tanto, acciones distintas y efectos jurídicos diversos, como veremos en el sucesivo estudio de los artículos que componen esta sección.

De lo dicho resulta que á pesar de las aparentes analogías que algunos autores encuentran entre el mandato tácito y la gestión de negocios ajenos, se diferencian esencialmente entre sí: 1.º, por su naturaleza; 2.º, por sus fundamentos; 3.º, por los términos de su constitución, y 4.º, por sus efectos. Por lo tanto, interesa no confundir dichos actos jurídicos, resultando con vida propia é independiente y con un concepto perfectamente definido y distinto de dicho mandato el citado cuasicontrato.

Son circunstancias propias de la gestión de negocios ajenos,

(1) V. Sánchez Román, obra y tomo citados, páginas 495 y siguientes.

que completan el concepto jurídico que de ella acabamos de dar: 1.º, que versen sobre cosas ó asuntos determinados y que no haya administrador ó representante del dueño que estuviere encargado de la gestión de los mismos; 2.º, que sea ajeno á toda idea de mandato expreso ó tácito por parte del dueño, pues muchas veces hasta *sin conocimiento* del mismo, puede tener lugar según lo autorizaba la ley 26 del título 12 de la Partida 5.ª, y sigue autorizando el Código, que en cumplimiento de la base 21 antes citada de la ley de 11 de Mayo de 1888, mantuvo la doctrina sancionada por el antiguo derecho, y 3.º, que el gestor se inspire en el buen deseo de evitar los daños y perjuicios que al dueño ó al interesado pudiera producir el estado de abandono de las cosas que le pertenezcan ó del negocio en que tenga interés, es decir, que no lleve á cabo su gestión por una idea de lucro, ó como decía la ley 29 del título y Partida citados, *por cobdicia de ganar*.

Sin estas circunstancias, dice el Sr. Sánchez Román, no existe el cuasicontrato de que nos ocupamos; y reducido por el contrario á sus justos y naturales términos, es de una utilidad indiscutible.

ARTÍCULO 1888

El que se encarga voluntariamente de la agencia ó administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado á continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, ó á requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí.

Expuesto ya el concepto jurídico de la gestión de negocios ajenos en las indicaciones con que hemos encabezado el estudio de las prescripciones de esta sección, podemos pasar ya al examen de la disposición contenida en el presente artículo, en el que empieza á determinarse los efectos de dicho cuasicontrato en cuanto á las obligaciones que impone al gestor.

Por lo mismo que la gestión oficiosa es un acto puramente

voluntario, produce deberes y derechos respecto del gestor, que se traducen en otros tantos derechos y deberes correlativos por parte del dueño, en cuyo favor se lleva á cabo dicha gestión; pero al presente, y en el comentario de los tres artículos que siguen, sólo hemos de ocuparnos de los deberes ú obligaciones del gestor.

El que voluntariamente se encarga de los asuntos de otro, sin mandato de éste, revela bien claramente su voluntad de desempeñar su gestión con toda diligencia y cuidado, puesto que con sus actos viene á poner término al estado de abandono en que hasta entonces se hallaban, porque no es de suponer siquiera que tome á su cargo dicha gestión para que las cosas continúen como antes, que entonces carecería de objeto y de razón la existencia de dicho cuasicontrato. Y como la ley no puede ni debe presumir que el gestor se encargue de la gestión por fines ilícitos ó inmorales, sino únicamente por el bien del dueño ó de los interesados en las cosas ó asuntos objeto de la misma, concede á aquél el carácter de mandatario, y en tal concepto le exige que cumpla su cometido en análogas condiciones en que cumpliría el suyo el mandatario, aunque al regular las obligaciones del gestor no ha podido menos de establecerse algunas variantes en sus prescripciones, hijas aquéllas de las diferencias que distinguen dichos actos jurídicos, especialmente en el modo de formarse.

Consecuencia de esa analogía, presumida por la ley, entre el gestor de negocios ajenos y el mandatario, es que, cual éste, quede obligado á seguir la gestión, una vez comenzada, hasta concluir el asunto y sus incidencias, si bien *puede requerir al interesado para que le sustituya en la gestión si se hallase en estado de poder hacerlo por sí*.

En estas palabras con que termina el presente artículo ha creído un autor encontrar motivo suficiente para suponer que en la actualidad no es necesario ya que concurra en la gestión de negocios ajenos el requisito, exigido por el derecho anterior á la publicación del Código civil, del estado de abandono en que

debían hallarse las cosas ó los asuntos sobre que había de versar dicho cuasicontrato. Pero aparte de que no hay nada en dichos términos que autorice tal inteligencia, ésta resultaría contra toda regla de hermenéutica legal, pues la intención del legislador, ó mejor dicho de la sección encargada de redactar el Código, hay que interpretarla por medio de la ley de Bases, á la cual tenía que ajustar todos sus actos dicha comisión, constituyendo el criterio con arreglo al cual habían de establecerse los preceptos del nuevo cuerpo legal; y ya hemos dicho que según la base 21, tantas veces citada, había de respetarse toda la doctrina anterior sin limitación alguna, y por lo tanto no había razón para la reforma que se supone hecha en este punto, ni estaban autorizados los autores del Código para suprimir la condición ó la circunstancia establecida por las leyes de Partida y por la jurisprudencia, como precisa para la constitución de este cuasicontrato.

El que el gestor esté autorizado para requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, cuando aquél no pueda ó no le convenga continuar en ella, no quiere decir que pueden no estar abandonados los bienes objeto de la gestión, pues no son términos autitéticos ni incompatibles entre sí, sino que por el contrario, hallándose en dicho estado de abandono los bienes ó los negocios sobre el que versa el cuasicontrato, puede perfectamente ocurrir el que se haga uso de esa facultad concedida por la ley al gestor, porque dicho estado de abandono no impone como condición precisa el que se ignore el paradero del dueño ó de las demás personas interesadas.

Si no hiciere uso de esa facultad, entonces quedará obligado el gestor á continuar su gestión hasta el término no sólo del asunto, sino también de sus incidencias, pues de lo contrario podrían originarse perjuicios al dueño dejando abandonada la gestión después de comenzada; es decir, que en vez de beneficioso resultaría gravoso el cuasicontrato y desaparecería su fundamento y el fin en que se inspira.

Por otra parte, el gestor se coloca por su propia voluntad en

el lugar del propietario, por lo tanto viene obligado á hacer todo lo que el propietario hubiera hecho, y su voluntad en contrario no puede perjudicar á éste, con tanto más motivo cuanto que pudo hacer uso de la facultad de hacer requerir al dueño para que le sustituyera si no podía ó no le convenía continuar en la gestión, y al dejar de hacer uso de ese derecho debe sufrir las consecuencias de su omisión.

No es necesaria mayor demostración para que quede plenamente justificado el precepto que comentamos. Precedentes del mismo se encuentran en el párrafo 1.°, tít. 28, libro 3.° de la Instituta y en la ley 5.ª, tít. 7.°, libro 10 del Digesto en cuanto al Derecho romano y en la ley 26, tít. 12 de la Partida 5.ª en la legislación de Castilla, y tan corriente es la doctrina establecida en él que análoga disposición propuso el proyecto de Código de 1851 en su art. 1892.

Concordancias.—Concuerda además el presente con los artículos 1372 de los códigos de Francia y Bélgica, con el 1141 del de Italia, con el 1251 y 1252 del de Guatemala, con el 1039 del de Austria, con el 1390 y 1391 del de Holanda, con el 1025 y 1026 del de Vaud, con el 2274 y 2276 del de la Luisiania, con el 2290 del de la República Argentina, con el 2533 del de Méjico, con el 2416 del de la Baja California, con el 2533 del de Campeche, y con algunos otros.

ARTÍCULO 1889

El gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, é indemnizar los perjuicios que por su culpa ó negligencia se irroguen al dueño de los bienes ó negocios que gestione.

Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso.

Continúa exponiéndose en este artículo los efectos jurídicos de la gestión de negocios ajenos en la parte relativa á las obli-

gaciones que dicho cuasicontrato impone al gestor voluntario. Según él, á más del deber sancionado en el art. 1888, tiene el gestor de negocios el de desempeñar su encargo con toda la diligencia propia de un buen padre de familia, y por consecuencia de él está obligado á indemnizar los perjuicios que por su culpa ó negligencia se irroguen al dueño de los bienes ó á los interesados en los negocios, cuya gestión toma á su cargo.

La disposición contenida en este artículo no es nueva en nnestro derecho é indicada se hallaba en las leyes de Partida, si bien con arreglo á ellas sólo tenía la obligación de indemnizar los daños y perjuicios en el caso de que hubieran procedido de mala fe en su administración; responsabilidad establecida porque la ley no podía consentir que una persona, á título de hacer un beneficio en interés del dueño de los bienes ó negocios abandonados, se encargase de su administración ó gestión, teniendo por móvil único ó principal la esperanza de un lucro ó de un provecho propio, y para evitarlo le obligaba á indemnizar cuando hubiere procedido de mala fe.

Eran reglas de derecho relacionadas con esta obligación, dentro de la legislación común, anterior á la publicación del Código civil, entre otras, las siguientes:

1.ª Que el gestor de negocios ajenos se hallaba obligado á proceder en su gestión con el mismo interés y celo que emplearía en los asuntos propios, siendo responsable de los daños y perjuicios que irrogase por su negligencia, bajo las reglas de la culpa leve, *á no ser que le decidiera á encargarse de la gestión el completo abandono en que se hallaren las cosas objeto de la gestión y el manifiesto deseo de evitar perjuicios al dueño de ellas,* pues en este último caso, en consideración á los móviles de generosidad y desinterés en que se inspirara, sólo debía responder de las consecuencias de la culpa lata y del dolo, si bien en realidad la letra de la ley se refiere á este último (1).

2.ª Si el gestor se encargó de la gestión con mala fe ó miras

(1) Véase la ley 30, tít. 12 de la Partida 5.ª

codiciosas, venía obligado á responder hasta del caso fortuíto, pues, como decía la ley 29 del tít. 12 de la Partida 5.ª, ya citada en otra ocasión, en ese caso *le debe todo pechar* (al dueño) *cuanto se perdiese ó menoscabase por cualquier manera que acaesciesse.*

3.ª Lo mismo ocurría cuando el gestor extendiese su gestión á negocios y aplicaciones que evidentemente no hubiera intentado el dueño, y sobreviniesen por ese motivo daños y perjuicios por consecuencia del caso fortuíto.

Sin embargo, si esas operaciones, á que hubiera extendido en dicho caso su acción el gestor, producían ganancias en vez de pérdidas, aquéllas pertenecían al dueño de las cosas ó de los intereses gestionados, si bien con la correspondiente obligación de reintegrar al gestor de todos los gastos que hubiera tenido necesidad de hacer para llevar á efecto dichas operaciones (1).

4.ª Si el gestor se decidió á tomar á su cargo la gestión por error en la creencia de que las cosas ó los asuntos abandonados pertenecían á una persona y luego resultó que eran de otra, no era obstáculo ésto para que continuase en la obligación de proceder en la forma indicada y bajo las responsabilidades expuestas, debiendo resolverse por las mismas reglas las consecuencias de la gestión entre el gestor y el que resultare ser el verdadero dueño de los bienes ó intereses objeto de la gestión.

Otras reglas de derecho pudiéramos citar con relación á dicho cuasicontrato, sancionadas en nuestra antigua legislación; pero las que nos interesan por ahora son las que preceden.

Según de ellas resulta, en unos casos debía responder el gestor sólo de la culpa lata y del dolo, y en otros de la culpa leve, derivándose esta diferencia del móvil que impulsara al gestor á tomar á su cargo la gestión y de la manera como procediera en su desempeño; pero el Código ha establecido una regla general y común para todos los casos: la de prestar siempre la culpa leve, y por eso impone al gestor el deber de proceder en el cumplimiento de su encargo con toda la diligencia de un

(1) Véase la ley 33, tít. 12, de la Partida 5.ª

buen padre de familia, y le obliga á indemnizar no sólo los perjuicios que se irroguen por su culpa, sino también los que se deriven de su negligencia.

Sin embargo, para evitar abusos, y en su deseo de inspirarse en términos de justicia y aun de equidad, somete la apreciación de dicha indemnización al arbitrio de los Tribunales, los cuales habrán de proceder siempre teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso en que hayan de intervenir. Es esta una novedad introducida en la antigua doctrina, que no puede menos de merecer nuestros elogios por el fin en que se inspira, y como desde luego se comprenderá por la mera lectura de los términos en que se halla redactado el párrafo 2.º del presente artículo, esa facultad concedida á los Tribunales para moderar en su caso la importancia de la indemnización debida, sólo tendrá lugar cuando no estén conformes en la cuantía de ella el indemnizante y el que ó los que hayan de ser indemnizados, puesto que no se impone ni podía imponerse como precisa en todo caso la regulación por el Tribunal, lo cual vendría á ser un atentado injustificable contra la libertad de las partes.

En cuanto al caso fortuíto, si bien mantiene el Código dicha responsabilidad, ya veremos al examinar el art. 1891 á qué queda reducida ésta.

Los términos en que se halla concebido el precepto sancionado por este artículo son tan claros, sencillos y precisos, que no puede suscitar duda alguna la inteligencia de la disposición legal indicada, y bastan por sí solos para resolver cualquiera cuestión que se promoviere sobre la aplicación de la misma.

Concordancias.—Concuerda ésta con el art. 1374 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1143 del de Italia, con el 2288 del de Chile, con el 2291 del de la República Argentina, con el 2255 del de Guatemala, con el 1271 del del Uruguay, con el 1392 del de Holanda, con el 1026 del de Vaud, con el 2277 del de la Luisiana, y otros.

ARTÍCULO 1890

Si el gestor delegare en otra persona todos ó algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.

La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos ó más, será solidaria.

I. *Fundamento jurídico de los preceptos de este artículo.*—Dos preceptos especiales y de verdadera importancia, relacionados con las obligaciones ó deberes del gestor de negocios ajenos, se comprenden en el presente artículo. Refiérese el primero á la discutida cuestión de si el gestor podía delegar su encargo en otra persona, total ó parcialmente, y efectos en su caso de dicha delegación; y el segundo á la corresponsabilidad de los gestores, en el caso de ser más de uno los que llevaren á cabo la gestión. Y puesto que ambos preceptos requieren examen distinto é independiente, debemos ocuparnos de ellos con separación para no confundir ideas y especies, que si bien pudieran tener alguna razón de analogía, son en su esencia y en su fundamento completamente diferentes.

a) Delegación de la gestión.—¿Puede el gestor de bienes ó negocios ajenos delegar en otra persona todos ó algunos de los deberes de su cargo? En caso afirmativo, ¿cuáles deben ser los efectos de esa delegación?

En nuestro antiguo derecho no se hallaban resueltas estas cuestiones de una manera clara y explícita. Las leyes de Partidas no contenían precepto alguno que sancionara dicha delegación, ni que, aun dando por supuesta su permisión, regulara los efectos de la misma; y en el estado legal anterior á la publicación del Código civil, sólo se encuentran algunas reglas de jurisprudencia más ó menos directamente relacionadas con la delegación indicada.

De aquí las dudas que dividieron las opiniones de los juris-

consultos respecto de esta materia. Unos, aplicando las teorías antiguas del mandato, sostenían la negativa en el caso de no obtener previamente autorización del dueño ó de los interesados en la cosa ó negocios objeto de la gestión, pues con arreglo á aquélla se requería estar especialmente facultado por el mandante para sustituir en persona distinta sus funciones el mandatario, en consideración á los perjuicios que á aquél pudieran ocasionarse por un acto independiente de su voluntad y extraño por completo á él; pero después de la modificación introducida por el Código civil en su art. 1721, facultando al mandatario para nombrar sustituto cuando el mandante no lo hubiere prohibido, si bien haciéndole responsable de la gestión del sustituto en determinados casos, esa razón dejó de tener fuerza y eficacia suficiente para mantener en ella dicha opinión.

Otros aun después de publicado el Código citado, entienden que no es posible dicha delegación sin intervención del dueño ó interesados, deduciendo esta consecuencia de los términos mismos del art. 1889 y además del silencio del legislador, pues entienden que si éste hubiera querido que la gestión fuera delegable, lo hubiera dicho del mismo modo que lo hizo respecto de la sustitución del mandato; pero aparte del principio jurídico de que debe reputarse permitido todo aquello que la ley no prohibe y no es contrario á la moral ó al orden público, y de que, hallándose para este efecto el gestor en idénticas circunstancias que el mandatario, debe regir para aquél la misma disposición y el mismo criterio legal que para éste, resulta indudable que el Código en vez de guardar silencio en este punto, reconoce esa facultad de delegación al regular sus efectos por el artículo que examinamos.

La doctrina general de este cuasicontrato, es pues la misma que rige en el contrato de mandato, salvas las modificaciones que impone el modo de constituirse ó de formarse; y en su consecuencia, el gestor queda obligado á seguir la gestión hasta concluir el asunto y sus incidencias, si bien puede requerir al interesado para que le sustituya en el caso y en los términos

indicados, y puede además delegar sus funciones en todo ó en parte, respondiendo no sólo de su culpa y negligencia, sino también de los actos de la persona ó personas en quien hizo la delegación, sin perjuicio de la responsabilidad directa de éstas para con el dueño ó los interesados en las cosas objeto de la gestión.

Esa obligación impuesta al gestor por los actos del sustituto es general y tiene lugar, por lo tanto, en todos los casos. En esto se separa de la teoría del mandato, según la que, sólo responde el mandatario de la gestión del sustituto en los casos taxativamente enumerados en el art. 1721, antes citado, ó sea cuando no se le dió facultad para nombrarle ó cuando, habiéndosele dado dicha facultad sin designar persona para ello, fuera notoriamente incapaz ó insolvente el nombrado en tal concepto: diferencia que se comprende fácilmente y que se impone necesariamente por el distinto origen ó la distinta forma de la constitución de la obligación en uno y otro caso, pues en la gestión oficiosa de negocios ajenos no hay como en el mandato una voluntad previa que regule esa facultad de sustitución, autorizando ó no al gestor para ella, ó determinando los límites de su ejercicio en el primer caso, que es lo que da lugar á distintas responsabilidades, según que haya ó no designación de personas para el cargo de sustituto.

Por eso en la gestión de negocios ajenos se impone en todo caso al gestor la responsabilidad consiguiente á los actos de la persona que por delegación del mismo le sustituye en el cumplimiento de todos ó de algunos de los deberes de su cargo; pero se ha de tener muy en cuenta que para darse lugar á esa responsabilidad, es requisito indispensable que la delegación hecha por el gestor voluntario sea *expresa* y además *determinada*, fijándose en ella los términos ó límites dentro de los que puede y debe obrar el delegado, entendiéndose en otro caso general y amplia, y que si no existe la delegación *expresa* sino que simplemente abandonó la gestión sin autorizar á ninguna persona para que la continuara, entonces no responderá más que de sus pro-

pios actos aunque otro viniera espontáneamente á continuarla por él.

Según tenemos indicado, la responsabilidad del gestor delegante, es sin perjuicio de la obligación directa que el delegado tiene para con el propietario del negocio; pero no por eso tiene carácter subsidiario, sino que es tan principal como la de éste, y por lo tanto, no hay necesidad de reclamar, primero contra el delegado y llegar á la excusión de sus bienes para dirigir el procedimiento ó la reclamación contra el gestor, el cual no responde en defecto ó por imposibilidad de aquél, sino que el propietario tiene la doble garantía de esas dos distintas responsabilidades, pudiendo dirigir su acción contra cualquiera de ellos, si bien el gestor que hubiera tenido que hacerla efectiva podrá repetir contra el delegado, en la forma correspondiente.

b) *Corresponsabilidad de los gestores.*—Cuando fueren dos ó más los gestores que tuvieren á su cargo la gestión de una cosa ó negocio determinado, su responsabilidad será *solidaria*.

Así lo preceptúa en su párrafo 2.° el presente artículo, cuya disposición ha sido combatida como arbitraria y excesiva por el Sr. Sánchez Román y algunos otros expositores del nuevo derecho, estimando que si bien el criterio legal seguido da mayor seguridad al propietario del negocio, viene á constituir dicha disposición un precepto excepcional, ya se le compare con el principio general que informa la teoría de las obligaciones solidarias, según el Código, el cual exige que esa clase de responsabilidades sólo pueden existir cuando la obligación expresamente lo determina (1), ya se le aprecie con relación á la doctrina especial del mandato, que consideran la entidad jurídica más análoga á la gestión de negocios, pues conforme á dicha doctrina la responsabilidad de dos ó más mandatarios, aunque hayan sido instituídos simultáneamente, no será solidaria si no se hubiese expresado así (2), que es el criterio general dentro de la

(1) Véase art. 1137.
(2) Idem art. 1723.

ciencia y el único imperante en el derecho de Castilla, anterior al Código civil.

Pero á pesar de las razones alegadas en apoyo de dicha impugnación, el precepto de que nos ocupamos resulta plenamente justificado, teniendo su fundamento en la forma especial, en que se contrae la obligación por parte de los diversos gestores, pues en el presente caso no hay una voluntad reguladora de la forma y límites de la responsabilidad propia de éstos, toda vez que en el acto jurídico de que se deriva la obligación contraída por los mismos, fuente primordial de todos sus deberes, no puede concurrir la voluntad del acreedor de la obligación ó sea del dueño del negocio gestionado, cuya voluntad es la única que podría allanarse de una manera expresa ó tácita á las determinaciones y limitaciones de esas responsabilidades.

Por este motivo, tratándose de actos que pueden producir daños y perjuicios al mismo, que sin su consentimiento y hasta sin su conocimiento pueden llevarse á efecto, hay que conceder al dueño del negocio esa amplitud de garantías que constituye el precepto indicado. Todos se encargaron de la gestión en común y común y solidaria debe ser también la responsabilidad de dicha gestión. Si así no fuera, podría hacerse ilusoria dicha responsabilidad, como dice el Sr. Bonel (1).

Desde luego se comprende que la responsabilidad solidaria de que trata este artículo es la que nace de los actos ejecutados en la gestión en común, pues si la pluralidad de gestores ó su intervención en la gestión no fuera simultánea sino sucesiva é independiente, por haberse sucedido estos separada y aisladamente, entonces cada uno responderá de sus propios actos y de su peculiar gestión, llevada á cabo por sí ó por sus delegados.

II. *Concordancias.*—Muy pocas concordancias de este artículo se encuentran en los Códigos extranjeros, y de una manera concreta sólo podemos citar el 2292 y el 2293 del Código de la República Argentina. Tiene sus precedentes en el derecho ro-

---

(1) Véase obra y tomo ya citados, pág. 884.

mano, en la ley 26, tít. 5.º, del libro 3.º del Digesto, y como ya hemos dicho, las leyes de Partidas no contenían precepto análogo, hallándose sólo algunos vestigios de él ó alguna regla de jurisprudencia relacionadas con el mismo en el estado legal anterior á la publicación del Código civil.

ARTÍCULO 1891

El gestor de negocios responderá del caso fortuíto cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, ó cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio.

El precepto contenido en este artículo tiene su precedente en la ley 26, tít. 12 de la Partida 5.ª, en la que se previene que el gestor voluntario «es tenudo de dar al señor de la heredad lo que esquilmare de mas», cuyo principio convenientemente ampliado en el Código, viene á comprender dos conceptos distintos por los cuales puede incurrirse en la responsabilidad del caso fortuíto, obligando en su consecuencia al gestor á responder de él en dos casos diversos también, pero que pueden comprenderse bajo una norma común y conforme á una regla única, pues tanto en uno como en otro de ellos, la causa es la misma é idéntico su resultado.

Esos casos son: 1.º, cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de realizar; y 2.º, si hubiere pospuesto el interés de éste al suyo. Es decir, que en el primero de dichos casos, el concepto ó el motivo jurídico de la responsabilidad impuesta en el presente artículo es el riesgo á que expone los bienes ó los negocios objeto de la gestión, comprometiéndolos en operaciones arriesgadas sin razón alguna que lo justifique, por no ser aquellas que frecuentemente llevara á cabo el dueño en cuyo favor se hace la gestión, pues el gestor está obligado á ajustar sus actos á los que ordinariamente hiciera el citado dueño, y si las operaciones que ejecutó eran las que éste solía realizar, cualquiera que sea su clase, no habría faltado á

esa norma de conducta. De aquí que no baste para incurrir en la responsabilidad indicada el que la operación sea más ó menos arriesgada, sino que es preciso además que el dueño no tuviese costumbre de hacerla. En cuanto al segundo de los casos citados, el concepto de la responsabilidad es bien distinto, porque entonces se contrae por el abuso, por la mala fe que implica el posponer al propio interés el del dueño, puesto que en esta clase de cuasicontrato, la razón que justifica su existencia es el beneficio que se procura hacer á aquél.

Pero si bien el concepto de dicha responsabilidad es distinto en ambos casos, la causa es la misma en ellos, el incumplimiento por parte del gestor de los deberes que el art. 1889 le impone al ordenar que proceda con el cuidado, el desinterés y la debida diligencia de un buen padre de familia: que no debe en modo alguno consentir la ley que la gestión voluntaria de negocios ajenos se convierta en motivos de especulación para obtener un beneficio ó un provecho, favoreciendo, en primer término, el interés del gestor, y en segundo el del dueño, ó desatendiendo por completo éste para no atender más que al del primero. Y así como la causa es la misma en uno y otro caso, también es idéntico el resultado, ó sea la indemnización á que en derecho viene obligado en ambos el gestor. Por este motivo la ley comprende á los dos en una sola disposición legal.

También es el mismo el fundamento de la imposición de la responsabilidad mencionada en dichos casos, pues siendo el criterio y el espíritu de la ley el exigir al gestor, que voluntariamente reemplazó al dueño, que realice su gestión con el mismo prudente celo, con la misma cuidadosa diligencia, con la misma buena fe y con el mismo interés con que la hubiera llevado á cabo éste, es de todo punto indudable que la extensión normal y ordinaria de las responsabilidades de la misma, corre pareja con la del mandato, llegando á los mismos extremos que la de este contrato.

En su virtud, así como el mandatario no puede traspasar los límites de lo que ordinariamente hubiere hecho el mandante, del

mismo modo el gestor voluntario de negocios ajenos debe por necesidad ajustar sus actos á la regla de conducta que de ordinario hubiera seguido el dueño en el caso de ser él el que los realizara, y no traspasar los que éste hubiere ejecutado, no arriesgándose en especulaciones aventuradas y de seguro peligro, que no tuviese él costumbre de hacer, ó lo que es lo mismo, que no las hubiere llevado á cabo repetidas veces. Del mismo modo, y por igual motivo, el que obra más en interés propio que en el del dueño, tiene que responder hasta del caso fortuíto, porque traiciona todos los deberes que tiene para con aquél, en cuya representación ó por cuya cuenta obra.

Y hasta tal punto es racional este precepto y tan corriente la doctrina consignada en el mismo, que algunos Códigos como el de la República Argentina hace responsable del caso fortuíto al gestor, no sólo en los dos casos indicados en este artículo, sino además cuando no tuviese las aptitudes necesarias para desempeñar el negocio objeto de la gestión, ó cuando por su intervención privó que se encargara de él otra persona más apta.

Algo análogo encontramos en nuestra antigua legislación, pues, con arreglo á la ley 34 del título y Partida antes citados, si el gestor se encargó de la gestión apartando de ella, ó impidiendo por su intervención que se encargase de esta otra persona que por amistad ó parentesco, ó por decidida voluntad de proceder *acuciosamente* se propusiera hacerlo, debía aquél obrar como proyectaba el gestor *acucioso* que no llegó á serlo por la intervención del mismo, respondiendo de cuantos perjuicios ó daños procedieran de su culpa, engaño ó negligencia.

Tenemos dicho en otra ocasión, que el Código, si bien conserva las responsabilidades por el caso fortuíto á cargo del gestor, la ha disminuído considerablemente armonizándola con los principios modernos, y reduciéndola en los términos que resultan del precepto que examinamos.

En el primero de los casos establecidos en él, es como si el mandatario se excediese de los límites del mandato, pues en la gestión de negocios se presume la voluntad del dueño, y no ha-

biendo reglas á las cuales deba atenerse el gestor, hay que tener en cuenta los actos anteriores de aquél, para deducir por ellos cual hubiera sido dicha voluntad, debiendo reputarse como tal lo que él tenía costumbre de hacer ordinariamente en circunstancias iguales ó análogas. Y si, contra esa presunta voluntad, y contra la costumbre corriente del dueño de los bienes ó negocios objetos de la gestión, se lanzara el gestor á empresas atrevidas que no entraban en los hábitos del dueño, deberá responder del caso fortuíto, por no atenerse á los límites presuntos de dicha voluntad. En el caso segundo, esto es, cuando el gestor pospuso el interés de aquél al suyo propio, responderá del caso fortuíto porque obró de mala fe, y como decía Gayo, sería absurdo que mereciendo una pena se le concediera un premio.

Entendemos que estas indicaciones bastan para que se comprenda con la debida claridad el sentido jurídico de este artículo, y para disipar cualquiera duda que su inteligencia suscitara.

Concordancias.—En los Códigos extranjeros se encuentran muy pocas concordancias con el precepto que hemos examinado, limitándonos á citar tan sólo en dicho concepto el art. 2294 del de la República Argentina, ya mencionado, y el 2256 del de Guatemala.

ARTÍCULO 1892

La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso.

ARTÍCULO 1893

Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes ó negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, é indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.

La misma obligación le incumbirá cuando la gestión

hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno.

I. *Fundamento jurídico é inteligencia de estos dos artículos.*— Determinánse en ellos las obligaciones del dueño de los bienes ó de los negocios objeto de la gestión, las cuales á su vez se traducen en otros tantos derechos concedidos por la ley al gestor voluntario, pues por este cuasicontrato, ó, mejor dicho, por el hecho que le da origen, se crea una relación jurídica que liga al gestor y al dueño, produciendo dos órdenes de derechos y obligaciones recíprocos y correlativos, y dando origen á dos acciones opuestas, una directa y otra contraria, como si hubiese mediado convención, las cuales han sido conocidas siempre en el tecnicismo jurídico con los nombres de *negotiorum gestorum directa* y *negotiorum gestorum contraria*. La 1.ª compete al dueño ó persona en cuyo favor se hizo la gestión, ó á sus herederos y demás causahabientes contra el gestor ó los suyos para exigir el cumplimiento de las obligaciones del gestor establecidas en los artículos precedentes, ó para la efectividad de las responsabilidades impuestas al mismo en dichos artículos por razón de su gestión; y la 2.ª corresponde á su vez al gestor ó sus herederos y causahabientes citados, contra el dueño de las cosas ó asuntos gestionados, esto es, contra la persona en cuyo beneficio ó interés tomó aquél á su cargo la gestión, para obtener el cumplimiento de las obligaciones imputables á dicha persona, ó sea para el reintegro de los gastos necesarios y útiles que hubiere tenido necesidad de hacer aquél, y para la indemnización de los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de su cometido.

Esas obligaciones y responsabilidades, que ordinariamente se derivan de la gestión voluntaria de negocios ajenos respecto del dueño de los bienes ó negocios gestionados, prescritas y reguladas se hallan en los dos artículos objeto de nuestro actual examen.

Según ellos, pueden ocurrir tres casos distintos, á saber:

1.º Que el dueño de los bienes ó negocios citados ratifique la gestión llevada á cabo.

2.º Que no haya sido ratificada expresamente la gestión por el dueño de dichos bienes ó negocios, pero que éste se aproveche de las ventajas producidas por la misma; y

3.º Que no haya mediado tal ratificación y no se haya obtenido provecho alguno en la gestión.

En el primero de dichos casos, que es al que se refiere el artículo 1892, las obligaciones que contrae la persona en cuyo favor se hace la gestión, son las mismas del mandante en el contrato de mandato, pues según terminante y preceptivamente se declara en el citado artículo, «la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso»; y aunque el Código no lo declarara así, lo mismo sucedería, pues desde el momento en que consta la voluntad conforme y manifiesta del dueño ratificando lo hecho por el gestor y confirmando los actos llevados á efecto en su interés ó en su beneficio por éste, nace necesariamente el mandato con todos sus efectos y con todas sus consecuencias jurídicas.

Entonces, por virtud de dicha ratificación, el dueño de los bienes ó de los negocios gestionados, se coloca en la misma situación ó posición jurídica que el mandante, y á semejanza de éste contrae las mismas obligaciones que respecto de él expusimos en el cap. 3.º del tít. 9.º del presente libro, *cualesquiera que sean los resultados obtenidos por la gestión en dicho caso.*

No dice el artículo citado en qué términos debe ser hecha la ratificación, y suponiendo un comentarista aplicable á esta cuestión la teoría sancionada en los arts. 1310 al 1313, relativa á la confirmación expresa ó tácita de los contratos á que dichos artículos se refieren, ha venido á suscitar algunas dudas que nos obligan á ocuparnos de ello, por más que lo estimamos innecesario, pues la voluntad del legislador está bien clara y manifiesta, y es fácilmente deducible de la correlación ó enlace que entre sí guardan el art. 1892 y el 1893.

En efecto, contrapuesto éste al primero de ellos y contra-

yéndose al supuesto de que el dueño no haya ratificado *expresamente* la gestión ajena, resulta evidente, por la razón antes indicada, que el 1892 se refiere única y exclusivamente á la ratificación expresa, quedando reservado para el segundo de los artículos objeto de estas indicaciones la ratificación tácita derivada de la voluntad y conformidad presuntas de dicho dueño, que implican los actos del mismo al aprovecharse de las ventajas producidas por la gestión.

Esta es también la opinión de los tratadistas más autorizados y la que mayor conformidad guarda con el precepto de la ley, por lo que no insistimos sobre ello.

Por lo demás, véase lo que expusimos al comentar los artículos que comprende el capítulo antes citado y especialmente el 1728 y el 1729, y con ello quedarán perfectamente determinadas las consecuencias del precepto establecido en el primero de los artículos que ahora examinamos.

El segundo de los casos que hemos indicado difiere del anterior no sólo en no existir la ratificación expresa de la gestión, sino también en la necesidad de que la gestión haya producido ventajas ó beneficios de que se haya aprovechado el dueño de los bienes ó negocios gestionados. En el de la ratificación expresa hemos dicho que el dueño contrae desde luego, por consecuencia de ella, las responsabilidades propias del mandante, *cualesquiera que sean los resultados de la gestión*; y, por lo tanto, haya producido ó no ventajas ó beneficios la misma, aquél estará obligado á reembolsar al gestor las cantidades que hubiere tenido que anticipar *aunque el negocio no hubiere salido bien,* con tal que esté exento de culpa éste, debiendo comprender el reembolso no sólo el importe de la cantidad anticipada, sino también los intereses de ella, á contar desde el día en que se hizo la anticipación. Y ha de indemnizarle además de todos los daños y perjuicios que le haya causado el desempeño de la gestión sin culpa ni imprudencia del gestor, cualesquiera que fuesen sus resultados.

Es decir, que en el primer caso, en el de la ratificación ex-

presa, es indiferente que la gestión haya producido ó no ventajas; y desde luego se comprende puesto que existe un acto manifiesto é indubitable de la voluntad del dueño aceptando la gestión y, por lo tanto, sus consecuencias. Pero en el caso de la aceptación tácita, para que se repute que ésta ha existido, es preciso que haya habido esas ventajas ó beneficios, puesto que su aprovechamiento por parte del dueño es lo que constituye la presunción de la ratificación del mismo.

Por virtud de ella, y por los mismos motivos de equidad en que se fundan las obligaciones del mandante en el mandato tácito, contrae el dueño ó interesado en la gestión las responsabilidades que á aquél corresponden en dicho caso, y en tal concepto habrá de responder de las obligaciones contraídas por el gestor en su interés, y deberá indemnizarle además de los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo, como se establece en el párrafo 1.º del art. 1893.

En cuanto al tercero de los casos mencionados, ó sea aquel en que no ha mediado ratificación expresa ni tácita y no haya producido ventajas la gestión, hay que distinguir según que ésta haya tenido ó no por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto.

La regla general es que el dueño no contrae responsabilidad ninguna cuando de la gestión no le resulta provecho alguno. Así resulta *a sensu* contrario de los términos de la ley, pues al declararle responsable el párrafo primero de dicho artículo, en los términos antes indicados, cuando aproveche las ventajas producidas por la gestión, implícitamente se le reconoce como libre de toda obligación en los casos en que no le resulte provecho alguno de los actos del gestor.

Desde luego se comprende que la prescripción consignada en dicho artículo obedece al justo deseo y al fin plausible de impedir los perjuicios que en otro caso podrían originarse al dueño de los bienes ó negocios objeto de la gestión, si por oficiosidades excesivas y estériles en sus resultados hubieran de imponerse á

aquél las responsabilidades de que queda hecho mérito, sin utilidad alguna por su parte. Pero á pesar de ser tan justificado el fundamento de dicha disposición, ha sido censurada como peligrosa por las dificultades que suponen pueden surgir, en la práctica, del rigor de los términos del indicado precepto, y además porque para nada toma en cuenta, según dichos impugnadores, el elemento de la buena ó mala fe del gestor.

Entendemos desprovista de toda razón jurídica dicha impugnación pues, por el contrario, el criterio seguido por el Código, en cuanto á las responsabilidades que la gestión puede producir, y respecto á la distinción en que descansa la regla general indicada, es el más conforme con los buenos principios del Derecho.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo, quien en sentencia de 10 de Mayo de 1902, tiene establecida la doctrina de que no declarándose por el Tribunal sentenciador que la gestión haya producido ventajas aprovechadas por el dueño, no puede aducirse la infracción del citado art. 1893 al absolvérsele de la reclamación formulada contra él para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en su interés ó á su cuenta por el gestor.

Mas, á pesar de la amplitud de esa doctrina, deducida de los términos mismos del citado artículo, según la que no contrae responsabilidad alguna el citado dueño cuando no le produce provecho la gestión, por vía de excepción y por una razón de justicia muy atendible, le impone la ley las mismas obligaciones que en el caso anterior cuando tuvo por objeto dicha gestión el evitar algún perjuicio de la clase antes indicado. El fin que en dicho caso inspira al gestor y las circunstancias especiales de sus actos en el mismo, autorizan suficientemente esa excepción de la regla.

Después de lo dicho, muy poco necesitamos exponer en justificación de los preceptos consignados en los dos artículos que examinamos. El fundamento del primero de ellos es bien claro y patente, pues si el dueño ratifica *expresamente* la gestión, el cuasi contrato se convierte en contrato perfecto y tiene que producir

todas las consecuencias jurídicas de éste, que es lo que viene á disponer con gran precisión á pesar del laconismo de sus términos el art. 1892.

No menos justificada aparece la prescripción del párrafo 1.º de 1893, pues si la gestión produce algún beneficio para el dueño, no sería justo que esta ventaja cediera en absoluto en favor de éste, sin que quedara sujeto á obligación alguna, ni aun siquiera á responder del reintegro de los gastos hechos y á la indemnización de los perjuicios sufridos por aquél á cuyos actos se debe el beneficio alcanzado ó la ventaja obtenida, porque es un principio axiomático consignado no sólo en el Código de las Partidas, sino hasta en la moral universal, «que debe sentir el embargo de las cosas aquél que há el pró de ella».

Por eso, cuando el dueño se aprovecha de las ventajas que proporcione la gestión ajena en sus negocios, se constituye en las mismas obligaciones que tendría si fuera mandante, aunque no haya ratificado *expresamente* la gestión, porque en otro caso vendría á lucrarse injustamente de esas ventajas ó de los beneficios producidos por los actos del gestor.

Y si el gestor, en vez de realizar una ganancia en provecho del dueño de los bienes ó de los negocios gestionados, tomó á su cargo la gestión con el único propósito de evitar un daño inminente y manifiesto, que es el caso objeto de la disposición contenida en el párrafo 2.º del art. 1893 antes citado, aparece de todo punto indudable é indiscutible, que las obligaciones del dueño tienen que ser las mismas que cuando se obtenga alguna ventaja en su favor, porque beneficio, y grande, es para él librar de aquel peligro las cosas sobre que versa la gestión, encontrándose, por lo tanto, dicho dueño en identidad de circunstancias en uno y otro caso, porque tanto vale verse librado de una pérdida inminente y conocida que le amenazara, como obtener un provecho nuevo, cierto y seguro. Es, pues, de estricta justicia la excepción que dicho precepto viene á introducir en la regla general antes indicada de que el dueño no viene obligado á responsabilidad alguna, cuando no ha ratificado expresa ni tácita-

mente la gestión y ésta no ha producido ventaja ó beneficio alguno para él.

Explicado ya el fundamento ó la razón jurídica de las obligaciones que el Código impone al dueño de los bienes ó negocios gestionados, según los casos que pueden ocurrir, y visto que en ellos está obligado en primer término á reintegrar los gastos que el gestor hubiere hecho en interés de la gestión, ó sea en beneficio de aquél, ocurre preguntar, ¿qué gastos de los hechos por el gestor son los que tienen que ser reintegrados por el dueño?

Acerca de esto discutían los tratadistas, pero era ya regla de derecho en la legislación anterior al Código, que el gestor tenía derecho á ser reintegrado por el dueño de los gastos y mejoras de carácter necesario y útil (1), y con arreglo á la ley 28, título 12 de la Partida 5.ª, se entendía por gastos útiles, aquellos que se considerasen tales en un principio, aunque luego no dieren dicho resultado ó dejaren de serlo, ó como decía la ley citada: *Ca tales despensas y ha que cuando la comienzan á facer semejan que son á pró de las cosas é acaesce despues que non es así. Otros y ha que son á pró en el comienzo é despues que son fechas. É aun y ha otras que son necesarias, que conuiene en todas guisas que las fagan é si non perderse ó menoscabarse y han las cosas.*

Pero la misma ley citada establecía absoluta distinción en cuanto á dichas expensas, según que las cosas gestionadas pertenecieran ó no á huérfanos menores de catorce años, disponiendo que en el caso de ser huérfano menor de dicha edad, sólo se debían abonar los gastos necesarios y útiles y no aquéllos que pareciendo útiles al principio no lo fueran luego, los cuales *debía pagar de lo suyo aquel que tenía en guarda las cosas del menor.* Por el contrario, las expensas hechas de buena fe por el gestor cuando las cosas no eran de un huérfano menor de catorce años, en cualquiera manera que fuesen hechas, debía cobrarlas el que

---

(1) Véase ley 26, tit. 12, Partida 5.ª

las ejecutó de aquél cuyas fueren las cosas en provecho de las cuales hubieren sido causadas.

El Código civil no establece en este punto la distinción indicada ni expone regla alguna acerca de dicha diferencia, la cual, en realidad, no tiene razón de existencia ó de aplicación en los cuasicontratos, toda vez que en éstos es indiferente la condición de las personas por hallarse fundados en la equidad. Pero entendemos que no puede ofrecerse duda sobre la inteligencia y extensión del derecho al reintegro otorgado al gestor, puesto que terminantemente se expresa que los gastos reintegrables son los *necesarios* y *útiles*, cuyos conceptos hemos explicado ya anteriormente.

Véase lo que en su lugar expusimos acerca de ese derecho de reintegro respecto del mandatario en cuya situación ó posición se coloca el gestor voluntario, pues lo dicho entonces tiene perfecta aplicación aquí; y lo mismo decimos en cuanto á la indemnización de los perjuicios que en el desempeño de su gestión y por consecuencia de ella se le hubieren ocasionado.

II. *Concordancias.*—El primero de los artículos examinados en este comentario tiene sus precedentes en el derecho romano como puede verse en las leyes 6.ª, párrafos 9.º y 10, título 5.º, libro 3.º; 50, título 1.º, libro 17 y 60, título 17, libro 50, todas del Digesto, así como en la ley 9.ª, título 19, libro 2.º, y 3.ª título 38, libro 8.º del Código. De dicha legislación pasó á las Partidas su precepto en los términos que hemos indicado, y concuerda además con el art. 2538 del Código de Méjico, en cuyo código, después de consignarse en dicho artículo como en el nuestro el precepto de que la ratificación de la gestión produce los mismos efectos que produciría el mandato expreso, se regulan en los cuatro siguientes las consecuencias de la misma en el caso de que en vez de ratificarla el dueño desapruebe la gestión. Concuerda también el citado artículo con el 2421 del Código de la Baja California, y con algunos otros.

A su vez el 1893, ó sea el segundo de los que son objeto de nuestro actual examen, tiene concordancias con el 1375 de los

Códigos de Francia y Bélgica, con el 1144 del de Italia, con el 2357 del de Guatemala, con el 1272 del del Uruguay, con el 1027 del de Vaud, con el 2278 del de la Luisiana, con el 2297 y 2298 del de la República Argentina, con el 1642 del de Veracruz-Llave, con el 2419 y el 2420 del de la Baja California, y con el 2536 y 2537 del de Méjico, en el primero de los cuales se impone al dueño, que ratifica la gestión y quiere aprovecharse de las utilidades que produzca, la obligación de indemnizar al gestor de los gastos necesarios que haya hecho y de los perjuicios que haya recibido por causa del negocio; y en el segundo se obliga al dueño, cuando la gestión no ha sido ratificada y sólo tuvo por objeto evitar algún daño inminente y manifiesto, á indemnizar exclusivamente los gastos hechos con este objeto, prescindiéndose entonces de los perjuicios causados con motivo de la gestión.

ARTÍCULO 1894

Cuando, sin conocimiento del obligado á prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho á reclamarlos de aquél, á no constar que los dió por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

Los gastos funerarios proporcionados á la calidad de la persona y á los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle.

De dos casos especiales, ó de dos formas particulares de la gestión, se ocupa este artículo, el cual tiene amplios precedentes en la legislación anterior á la publicación al Código.

En efecto, en cuanto á la primera de ellas, las leyes 35, 36 y 37 del título 12 de la Partida 5.ª y la 35 del título 14 de la misma Partida, contenían preceptos análogos respecto de alimentos prestados por personas que no tenían obligación de prestarlos, con la única diferencia entre dicha legislación y lo dispuesto en el presente artículo de que, en aquélla se exigía la

afruenta, ó protesta, por parte del que daba los alimentos, de exigirlos en su día, entendiéndose, en caso contrario, que los daba por oficio de piedad, mientras que el Código dispone que se podrán exigir siempre que no conste que se prestaran los alimentos sin ánimo de reclamarlos.

La diferencia es esencialísima para el caso de presunción, porque, según las Partidas, no puede tener lugar la reclamación si no consta la protesta de reclamarlos, y con arreglo al nuevo derecho se presume la intención de exigirlos siempre que no conste que se hizo por oficio de piedad.

Referíanse las leyes citadas, entre otros, al que recogiese y educase á un huérfano, á la abuela que mantuviera á un nieto y al padrastro que daba alimentos al hijo habido por su esposa en otro matrimonio; y era regla de derecho reconocida y sancionada en aquel estado de derecho en cuanto al primero de dichos casos, que cuando por caridad se recogía en su casa y alimentaba y educaba á algún huérfano desamparado, se entendía que aquél que lo ejecutaba no realizaba un cuasicontrato de gestión de negocios ajenos, sino un acto ú oficio de piedad, y por lo tanto, carecía de derecho para obtener del huérfano, ni de ninguna otra persona, el reintegro de los gastos invertidos en su alimentación, educación y en la administración de sus bienes. Exceptuábase, sin embargo, el caso de que siendo mujer la persona recogida quisiera casarse con ella el que la recogió, ó casarla con alguno de sus hijos y ella ó sus padres se negasen á esto; pues en dicho caso tenía que reintegrar los gastos de alimentación y educación cualquiera de ellos que se opusiera al matrimonio (1).

Ese precepto legal, dice el Sr. Sánchez Román, exageraba el deber de la gratitud obligando á compensaciones impropias y excesivas. Así es que siempre se reputó de muy difícil aplicación práctica, ni aun con la garantía de la intervención judicial para que estimase si era ó no justificada la oposición al

(1) V. Ley 35, tít. 12, Partida 5.ª

matrimonio, y por lo tanto, no puede menos de parecernos acertada la reforma en este punto.

Respecto de la abuela que alimentaba á su nieto se reputaba también que carecía de derecho para el reintegro de los gastos de alimentación y educación, y lo mismo ocurría con la madre que lo hiciere respecto del hijo cuyo padre hubiese muerto, á no ser que tuvieren en su poder bienes del nieto ó hijo respectivamente con los cuales pudieran cubrirse los gastos mencionados, ó que los hiciesen, no por motivos de piedad y de cariño, sino con intención de reintegrarse de los bienes del alimentado y con la protesta de dicho reintegro.

Si no total, parcialmente al menos quedó derogado el precepto que así lo ordenaba por los artículos 64 y 65 de la ley de Matrimonio civil, pues al otorgar á las madres la patria potestad sobre sus hijos en defecto del padre, les impuso á la vez los deberes propios de la misma, no pudiendo ya tener aplicación á ellas dicho precepto, y en cuanto á la abuela se hizo necesario ampliar la salvedad, no sólo á que hubiere muerto el padre, sino también la madre.

Finalmente, se entendía que realizaba el cuasicontrato de gestión de negocios el padrastro que tenía en su casa al hijastro, siempre que hiciera constar que los gastos invertidos en su alimentación y educación y en la conservación de sus bienes, los hacía con el propósito de reintegrarse de ellos, á no ser que el hijastro, por su edad y condiciones, prestase servicios al padrastro, en cuyo caso, éste sólo tendría derecho al reintegro de los gastos provechosos para el hijastro que hiciere aquél en la conservación y administración de los bienes de éste (1), debiendo aplicarse el mismo criterio cuando se trataba de personas extrañas entre sí.

El Código, como no podía menos de suceder, prescindió de esas distinciones que, si estaban en su lugar en el antiguo derecho, carecían ya de razón, y de fundamento su existencia, y es-

(1) Véase ley 37, tít. 12, de la Partida 5.ª

tableció una regla general, plenamente justificada, que es la sancionada en el párrafo 1.º de este artículo, según la que el extraño que prestó los alimentos sin conocimiento del obligado á ello, tiene derecho á exigir de éste su importe, pero no cuando por cualquier motivo apareciere que lo hizo por oficio de piedad ó sin ánimo de ser reembolsado, pues entonces no es posible la idea del cuasicontrato de gestión, que es lo que autoriza su reclamación.

Es decir: que el nuevo Cuerpo legal en la disposición citada, establece, respecto de esa forma de gestión, una presunción *juris tantum,* la de que se dieron los alimentos con el propósito de exigir su reembolso, otorgando en su consecuencia, al que los prestó, el derecho al reintegro y por virtud de ese derecho la acción personal correspondiente contra el obligado á dar dichos alimentos: presunción que, como todas las de su clase, admite prueba en contrario, que en el presente caso es la de haberse prestado los alimentos por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

El párrafo 2.º del artículo se refiere al anticipo, por vía de gestión, y no de préstamo, de los gastos funerarios.

En nuestro antiguo derecho, disponía la ley 12, tít. 13, de la Partida 1.ª, que los gastos de entierro y funeral debían sacarse de los bienes del difunto ó sea del quinto de dichos bienes, según la ley 30 de Toro, de modo que sobre el heredero ó sobre el legatario venía á recaer, caso de que lo hubiere, la obligación de satisfacer dichos gastos. Pero podía ocurrir que el difunto careciera de fortuna, teniéndola, por ejemplo, su cónyuge ó sus hijos y, en dicho caso, no podía menos de repugnar á toda conciencia sana, el que quedase á merced de la voluntad de los mismos y abandonado por la ley el deber de la satisfacción de dichos gastos, pues, por cima del interés y de la razón de los bienes deben estar otras consideraciones más elevadas, como son los vínculos sagrados de familia, mucho más dignos de respeto y de estimación por parte del legislador; y por eso el Código civil, inspirándose en móviles indudables de piedad humana,

como ha dicho un autor, establece el precepto contenido en el párrafo indicado, con arreglo al que los gastos de entierro y funeral de cualquiera persona, aunque no haya dejado bienes han de correr á cargo del que en vida habría tenido la obligación de alimentarle.

La razón de dicha obligación es la misma que en la del suministro de los alimentos, y, por lo tanto, se halla tan plenamente justificada su imposición en uno como en otro supuesto; pero para evitar los abusos á que pudiera darse lugar en otro caso, se ordena que esos gastos, obligatorios para el que tuviera el deber de alimentar en vida al difunto, son únicamente los proporcionados á la calidad de la persona de éste y á los usos de la localidad.

Son escasísimas las concordancias de este precepto que encontramos en los Códigos extranjeros, pues en casi todos ellos, se hallan regidas las disposiciones del mismo por las reglas generales de la teoría de la gestión y por eso omitimos su cita.

SECCIÓN SEGUNDA

DEL COBRO DE LO INDEBIDO

El pago hecho sin causa ó por mero error se llama indebido y faculta al que pagó para reclamar lo pagado, dando lugar á este cuasicontrato que los romanos conocieron con el nombre de *solutio indebiti,* cuya finalidad es la anulación del pago hecho en tales condiciones y la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la realización del mismo.

Este es el segundo de los cuasicontratos de que especialmente se ocupa el Código, y así como en general todos ellos proceden de un hecho lícito que implica un consentimiento tácito, el presente tiene siempre su origen en un error y se funda en un principio de equidad reconocido por todas las legislaciones, y observado constantemente por los Tribunales como una máxima jurídica indiscutible, según la que *nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro*, porque, en efecto, á la equidad repugna que el que

recibió el pago, hecho por error, se aproveche de la equivocada creencia ó de la ignorancia en que se hallaba la persona que lo hizo, para lucrarse con una cosa que no le era debida.

La justicia, y aun el mero buen sentido, condenan ese aprovechamiento contrario á todo principio de moral; y por eso siempre que se hace un pago indebido por error, surge inmediatamente en el que cobra la obligación de devolver lo indebidamente percibido. Y como la obligación principal es ésta, que incumbe al que cobra, el Código, apartándose de la denominación romana y del derecho anterior á su publicación, que denominaba este cuasicontrato con el nombre de *pago de lo indebido*, le llama del *cobro de lo indebido*, porque realmente la obligación y las consecuencias jurídicas derivadas de él, proceden del hecho de haber cobrado lo que no se adeudaba y recaen, por lo tanto, en el que cobró indebidamente lo que por error se pagó.

Podemos, pues, definir este cuasicontrato por sus efectos como el vínculo ó relación jurídica que por virtud del pago indebido hecho por error se crea entre el que hizo dicho pago y la persona que le recibió, imponiendo á ésta, como consecuencia de ello, la devolución de lo percibido.

Para la existencia de dicho cuasicontrato son, pues, precisos dos requisitos, cuya prueba es necesaria para que resulte la obligación de restituir, según tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 18 de Noviembre de 1868, 28 de Marzo de 1871 y 14 de Enero de 1883, á saber: 1.º, que se pagó indebidamente; y 2.º, que se hizo el pago por error ó equivocación y no por mera liberalidad ó por cualquier otro concepto.

Al estudiar concretamente los diversos artículos de que consta esta Sección, consagrada en su totalidad al cuasicontrato indicado, veremos cómo esos elementos ó esos requisitos son indispensables, dentro del concepto jurídico del mismo, como factores precisos para que puedan producirse las consecuencias propias de él en consideración á la causa y á la razón legal que les sirven de fundamento.

Tiene sus precedentes este cuasicontrato en el Derecho romano en el que le introdujo la ley 7.ª, tít. 6.º, libro 12 del Digesto, teniendo también su origen en el tít. 27, libro 3.º de la Instituta, y las principales prescripciones de dichas disposiciones fueron después trasladadas al tít. 14, de la Partida 5.ª, de cuyos preceptos se han tomado los principios que regulan dicho cuasicontrato en el Código vigente, prescindiéndose de aquellos que ya no podían tener aplicación práctica alguna.

ARTÍCULO 1895

Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho á cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla.

I. *Concepto jurídico del cuasicontrato del cobro de lo indebido.*— Los términos de este artículo precisan de tal modo el concepto jurídico y las consecuencias del cuasicontrato que nos ocupa, que no es posible duda alguna sobre esto.

Según ellos, es preciso, en primer término, que el que recibe en pago la cosa objeto del mismo no tenga derecho á percibirla ó á cobrar, pues de lo contrario, no sería indebido el cobro hecho por él. Es también condición indispensable de este cuasicontrato, que el pago se haga por error, pues de faltar éste no habría sido indebidamente entregada la cosa con que se realizó. He aquí los dos requisitos esenciales, los dos elementos constitutivos del cuasicontrato indicado, según expusimos en las ligeras notas con que encabezamos el estudio de la presente sección.

Pero aunque el artículo no determina la clase de error que ha de concurrir en el pago, desde luego se comprende que éste ha de ser el de hecho, porque el de derecho no aprovecha á nadie, y no puede, por lo tanto, originar dicho cuasicontrato.

Así resulta no sólo del espíritu del Código, sino también hasta de la letra del mismo, pues, como ha dicho el Sr. Pedregal, rectamente estudiado el art. 1901, dentro de su precepto está el «que la devolución de lo cobrado, y la indemnización de

perjuicios en su caso, procede sólo cuando ha habido error de hecho en el pago; porque si se entregare una cosa en propiedad sabiendo que no se debe, se revela tácitamente la intención de realizar un acto de liberalidad que en nada debe obligar al que la recibe, porque á nadie pueden imponérsele obligaciones en el orden civil sin su libre consentimiento».

De la misma opinión son el Sr. Sánchez Román y el Sr. Falcón, el cual afirma que si la paga se hizo por error de derecho, ni existe el cuasicontrato, ni está obligado á la restitución el que cobró, aunque no se debiera lo que se pagó.

Esta era también la regla de derecho reconocida en la legislación anterior al Código, según la que era igualmente requisito indispensable del cuasicontrato mencionado el error de hecho por parte del que paga, pues si pagó indebidamente á sabiendas de que no debía, ó si lo hizo con certeza en el hecho, pero con error en el derecho por no ser exigible civilmente la deuda, como, por ejemplo, si lo debido lo era en virtud de una obligación natural, entonces no existía dicho cuasicontrato, y, en su virtud, no podía reclamarse la devolución, reputándose en tal caso que tuvo intención de donar lo entregado en dicho concepto (1).

En explicación de esta doctrina, dice el Sr. Sánchez Román, es causa del pago no sólo la obligación perfecta, sino también la imperfecta *natural;* porque lo pagado por virtud de una obligación *natural*, no constituye una mera liberalidad ó entrega á título gratuíto, ni en el caso de pagarse sin causa civil, ó con error de deber civilmente lo que se debe sólo á virtud de obligación natural, puede reclamarse lo pagado, por la *conditio indebiti*, nacida del pago de lo indebido; porque el recurso de repetición es de lo indebido, pero no de lo debido *naturalmente*.

En el caso de que no se pagase con error de hecho ó de derecho, sino *con duda* por ignorarse si se debía ó no lo pagado, ¿cuál será la solución? ¿Se reputará indebido el pago y será re-

(1) V. Ley 30, tít. 14 de la Partida 5.ª

clamable lo satisfecho por tal motivo? La ley 30 del tít. 14 de la Partida 5.ª, citada antes por nota, resolvía dicho caso; y, con arreglo á ella, probándose que no se debía la cantidad ó la cosa entregada, surgía el cuasicontrato y se hacía de justicia la devolución de lo cobrado.

La misma doctrina autoriza el Código civil, y, por lo tanto, no puede haber dificultad alguna respecto de ello.

II. *Efectos de este cuasicontrato con relación al pagador.*—Después de determinada en el presente artículo la necesidad de la concurrencia de los dos requisitos indicados, el de la falta del derecho para el cobro en el que cobró, y el haberse hecho la entrega por error de hecho por parte del que pagó, se establece la consecuencia legal de los hechos indicados, cual es la obligación de la restitución de lo percibido por aquél.

Esa obligación de devolver lo que no había derecho á cobrar y fué entregado por error, es absoluta y sin limitación alguna, porque lo contrario constituiría una estafa ó una adquisición sin título según las circunstancias.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de Diciembre de 1903, ha sancionado la extensión de ese deber de restitución en los mismos amplios términos que hemos indicado, y como son sumamente interesantes las reglas de jurisprudencia establecidas en varios de sus considerandos ó los puntos de doctrina consignados en los mismos por fundamento de su resolución, creemos de utilidad el reproducirlos á continuación.

Establécese, en efecto, en dicha sentencia:

1.º Que con arreglo al art. 1895, que es el primero de los destinados en el Código civil á regular el cuasicontrato del cobro de lo indebido, de este hecho nace un vínculo jurídico por virtud del cual el que recibe una cosa ó cantidad sin razón derecha, queda obligado á restituirla á quien por error hizo la entrega ó pago, el cual adquiere por ello la cualidad de acreedor, con el derecho consiguiente á reclamar la restitución más ó menos amplia en cuanto á sus efectos ó derivaciones, según la buena fe del que aceptara el pago indebido.

2.° Que los requisitos que integran el mencionado cuasicontrato, son: 1.°, el cobro indebido; y 2.°, el pago hecho por error; y la restitución debe hacerse, con arreglo á dicho precepto, al que verificó el pago indebido, sea la cosa propia ó ajena (no bastando que se entregue á su dueño por el que la recibió indebidamente), pues en dicho segundo caso, el que pagó indebidamente responde de ello á su dueño.

3.° Que aun cuando la incuria ó negligencia de los dependientes del que pagó fuera la causa primera del daño inferido á éste (caso de habérsele inferido alguno), y el tener éste acción contra aquéllos (en dicho caso), y aun el haber obrado sin culpa ni negligencia los que recibieron (en pago) lo indebido, en nada afecta esto á la obligación impuesta por la ley al que cobró de restituir lo indebidamente cobrado á quien lo pagó por error; y

4.° Que el principio de nuestra legislación tradicional, consagrado nuevamente por los arts. 1137 y 1138 del Código civil, de que la obligación única contraída á cargo de varios deudores ó en beneficio de varios acreedores, es mancomunada cuando no se pacte la solidaridad, no es aplicable al presente caso, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico, consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable, sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad pueden derivarse: contingencias que deben recaer, en todo caso sobre los que se aprovecharon del yerro ajeno.

Resulta, pues, que la obligación de restituir lo cobrado indebidamente, es absoluta y sin limitación alguna, como antes decíamos; que la restitución debe hacerse al mismo que entregó la cosa dada en pago, aunque ésta pertenezca á otra persona distinta, sin que baste en tal caso á eximir de dicha obligación la devolución hecha al verdadero y legítimo dueño; que la devolución sea total, es decir, de todo lo percibido en tal concepto, viniendo en otro caso obligado, el que aceptó el pago, á indemnizar el daño ó el quebranto que tuviere el dueño, sin que le sirva de

excusa para ello el que el daño hubiere sido causado por la incuria ó negligencia de los dependientes del que hiciera el pago ó por cualquiera otra persona, contra la cual tuviese acción el pagador; y, por último, que en el caso de ser varios los que recibieron la cosa entregada indebidamente en pago, cada uno responderá por *entero* de la obligación citada, sin que pueda estimarse ésta como mancomunada en dicho caso.

Además tiene declarado también el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Octubre de 1901, con relación á la obligación citada, de restituir lo cobrado indebidamente, que la responsabilidad impuesta en tal concepto por los arts. 1895 y siguientes del Código civil, no obsta á la penal correspondiente á la apropiación de lo que se pagó sin deber y por error.

En efecto, habiéndose apropiado en perjuicio del Banco de España, Prudencio Fernando Quijano, 10.000 pesetas que le fueron entregadas demás por equivocación, en la sucursal que dicho establecimiento tiene en Santander, al hacer efectivo el importe de un talón de cuenta corriente, negó después insistentemente haber recibido aquella suma abonada demás, y llevada la cuestión al Tribunal Supremo, decidió que este hecho se halla comprendido en la disposición del núm. 5.º del art. 548 en relación con el 547 del Código penal, por dos conceptos distintos, ó sea por haberse apropiado lo que fué á su poder por un título ó causa que producía obligación de devolverlo y por negar haberlo recibido, *y que á esto no obstan las disposiciones del Código civil con respecto al pago de lo indebido, por cuanto la sanción de índole meramente civil que el mencionado Cuerpo legal establece, tiene su virtualidad y eficacia en la esfera que le es propia, sin que alcance á transformar en civil la responsabilidad criminal, cuando los hechos están taxativamente previstos y castigados como delito en determinado artículo del Código penal.*

Precísase en este artículo los efectos del cuasicontrato tantas veces mencionado en cuanto á una de las partes que intervienen en el mismo, aquélla que por error hizo el pago, cuyos efectos se reducen al derecho de reclamar la restitución en el caso de que

no la hubiere realizado desde luego el que indebidamente cobró, pues por virtud de la relación ó vínculo jurídico que con tal motivo se crea entre ambos, surge á favor del primero una acción personal y civil, independiente de la penal, á que pudiera haber lugar también, para que se devuelva la cosa dada en pago y se le indemnice de los daños y perjuicios que procedan con más los intereses correspondientes, según las circunstancias de cada caso.

Réstanos indicar, para dejar ultimado el comentario de este artículo, que el error de hecho á que el mismo se refiere, es aquel en que incurre el que hace el pago, no el que le recibe, pues si éste aceptó el pago por error creyendo que era debida la cosa ó cantidad entregada, podrá influir esa circunstancia en la determinación de la buena ó mala fe con que procediera, pero en modo alguno puede por sí sola dar origen al cuasicontrato de que nos ocupamos, pues para ello es preciso é indispensable que dicho pago se haya hecho por error del que lo realiza, según resulta de los términos mismos de este artículo al decir que *por error haya sido indebidamente entregada* la cosa que se hubiere recibido en tal concepto sin haber derecho para cobrarla. Por lo tanto, lo que da origen á este cuasicontrato especial no es el error en el cobro, sino en el pago.

Con la claridad de dichos términos, nuestro Código ha venido á hacer imposible entre nosotros las controversias que dividieron á los escritores extranjeros y aun á nuestros tratadistas en esta materia.

III. *Concordancias.*—Concuerda el presente artículo con el 1376 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1145 del de Italia, con el 758 del de Portugal, con el 1545 y 1546 del de la Baja California, con el 1643 del de Veracruz-Llave, con el 2279 del de la Luisiana, con el 1659 y 1660 de los de Méjico y Campeche, con el 1028 del de Vaud, con el 2258 del de Guatemala, con el 2295 del de Chile, con el 1273 del del Uruguay, con el 1335 del de Bolivia, con el 1396 del de Holanda y con algunos otros.

ARTÍCULO 1896

El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, ó los frutos percibidos ó debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere.

Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuíto cuando hubiese podido afectar del mismo modo á las cosas hallándose en poder del que las entregó.

ARTÍCULO 1897

El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras ó pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio ó cederá la acción para hacerlo efectivo.

ARTÍCULO 1898

En cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa, se estará á lo dispuesto en el título 5.º del libro segundo.

I. *Efectos del cuasicontrato del cobro de lo indebido, con relación al que cobra.*—En estos tres artículos se determina y precisa los efectos que el cuasicontrato del cobro de lo indebido impone, por regla general y como norma común, á aquel que sin derecho para ello recibió en concepto de pago lo entregado por error con tal objeto.

Hemos sentado como principio axiomático, derivado de la razón de equidad que sirve de fundamento á dicho cuasicontrato, que desde el momento de hacerse el cobro indebido, surge necesaria é inmediatamente la obligación de devolver lo cobrado sin que hubiera derecho para ello. Pero el alcance de esta obligación

preceptivamente impuesta en el artículo anterior, no puede ser determinado *à priori* porque depende de algunas circunstancias accidentales que pueden modificar los efectos de dicho cuasicontrato y los límites de la obligación citada como sucede, por ejemplo, con la buena ó mala fe con que haya procedido el que realizó el cobro, pues desde luego se comprende que el que obró de mala fe recibiendo en pago aquello que sabía que no tenía derecho alguno para recibir, porque no le era debido, ha de contraer forzosamente, por consecuencia de este hecho, una responsabilidad mucho mayor que aquel que obrando de buena fe cobra lo que creía que se le debía.

A este último, como ha dicho un autor, no puede obligársele en justicia más que á la restitución de lo que indebidamente hubiere percibido, y á la indemnización ó abono de los perjuicios causados por los desperfectos que hubiere sufrido la cosa entregada en pago desde el momento de su entrega, en tanto en cuanto se hubiere enriquecido por ella el mismo; y por el contrario, el primero, ó sea el que procedió de mala fe, debe responder del resarcimiento de todos los perjuicios que por razón del pago hubieren sobrevenido, porque son causados por su culpa y á sabiendas por él, toda vez que aceptó con pleno conocimiento de su falta de derecho lo que sabía que no le pertenecía. Y, además, debe satisfacer en su caso los intereses legales correspondientes.

La determinación de esos distintos efectos y de esas diferentes responsabilidades del cuasicontrato citado, con relación á la persona que cobra lo indebidamente entregado en pago, es el objeto de estos tres artículos y por eso los examinamos en conjunto.

En el artículo anterior hemos visto cuales son los efectos de este cuasicontrato en cuanto al que realiza el pago; efectos reducidos al derecho á reclamar la restitución con más el abono de los intereses correspondientes y la indemnización de los perjuicios abonables en su caso, y en los presentes tenemos que ocuparnos de los efectos del mismo con relación á la otra parte interesada, ó

sea la que realizó el cobro, cuyos efectos consisten en las obligaciones que la ley le impone y en los derechos otorgados al mismo, como más adelante veremos, y puesto que tratamos de conceptos distintos, debemos ocuparnos de ellos con separación para mayor claridad.

a) *Obligaciones del que realiza el cobro indebido.*—Para precisar dichas obligaciones hay que distinguir si el que cobró procedió ó no con buena fe, pues son distintos los efectos del cuasicontrato en uno y otro caso, como no podía menos de suceder dada la índole del mismo, toda vez que se halla fundado en una razón de equidad que no puede prescindir de dicho elemento como factor indispensable de las responsabilidades propias de él.

Si hubo mala fe por su parte, no sólo viene obligado á devolver lo que recibió en pago, sino que además habrá de abonar el interés legal cuando se trate de capitales, ó los frutos percibidos ó debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere.

También deberá responder de los menoscabos que haya sufrido por cualquiera causa la cosa entregada en tal concepto, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó hasta que éste la recobre. Así lo dispone el art. 1896, primero de los que hemos agrupado; y su precepto se halla plenamente justificado, pues aparte de las razones ya indicadas, es de toda evidencia que siendo en dicho caso el voluntario causante de todas las consecuencias del cobro indebido, el que lo llevó á cabo sabiendo que no tenía derecho alguno para ello, deben pesar sobre éste en toda su integridad cuantas responsabilidades civiles se deriven de sus actos, y por lo tanto, de dichas consecuencias, por la razón juridica de que el que dió ocasión al daño ó al perjuicio, es el que debe repararle.

A sabiendas se aprovechó del error padecido por el que hizo el pago: pudo no aceptarle para no contraer esas responsabilidades, y sin embargo lo aceptó para lucrarse injusta é indebidamente de lo entregado en tal concepto, y sería contrario hasta á la moral que el que dió ocasión á esas consecuencias no viniera obligado á responder de ellas.

Esa obligación es extensiva ó duradera hasta el momento de recobrar el pagador lo que por error entregó, pues hasta entonces subsiste con el mismo fundamento y con igual potencia la razón jurídica de que la misma se deriva. Han de reponerse las cosas al estado que tenían antes de realizarse el pago, porque esta es la finalidad de la obligación impuesta por la ley en dicho caso al que cobró, y ese fin no se llenaría si dejara de satisfacer alguna de las responsabilidades indicadas, pues de lo contrario resultaría perjudicado el dueño de lo entregado indebidamente en cuanto no fuera reparado, lucrándose respecto de ello el que recibió el pago á sabiendas de que nada se le debía.

Por una consideración de justicia fácilmente apreciable, no se presta el caso fortuito, aun cuando haya mediado mala fe, cuando este hubiera podido afectar del mismo modo á las cosas entregadas en pago aunque se hallaren en poder del que las entregó, pues entonces el perjuicio no proviene de que se encuentre poseyéndolas el que indebidamente las recibió, sino de otra causa independiente del hecho de la entrega y extraña á él.

Si medió buena fe por parte de éste, su obligación ó su responsabilidad será más limitada, pues entonces falta ese motivo derivado de su dolosa voluntad, que constituye el fundamento de la agravación indicada.

Si creyendo realmente que se le adeudaba la cantidad ó la cosa entregada en pago, ó por ignorar que este era indebido, recibió como bueno dicho pago; la gravedad de sus actos no es tanta, y, por consiguiente, su responsabilidad debe reducirse á lo que puramente es de estricto derecho, á la restitítución de lo percibido, porque lo recibió sin título y no puede hacerlo suyo, y á la reparación de los desperfectos ó *desmejoras*, como le llama el Código, de la cosa entregada en pago ó de las pérdidas de la misma en cuanto por ellas se hubiese enriquecido, porque de lo contrario este sería un enriquecimiento torticero reprobado por por la moral y por la ley.

Además, aunque no lo dice el art. 1893, que es el que fija las responsabilidades del que cobra indebidamente en el caso de ha-

ber procedido con buena fe, debe entenderse el precepto de dicho artículo en relación ó en armonía con el 1902, que no resulta limitado en su precepto por él, y, por lo tanto, aquel que recibió la cosa entregada en pago estará obligado también en dicho caso á responder al dueño, si no por la acción nacida del cuasicontrato citado, por la general, derivada del precepto del mencionado artículo.

Si no pudiera devolverse la cosa recibida en pago por haberla enajenado el que la recibió de buena fe, bastará con que restituya el precio, si hubiere sido satisfecho, ó cederá, en otro caso, al dueño la acción que por virtud de la enajenación le corresponda para hacer efectivo dicho precio.

Tanto en uno como en otro caso concuerdan sustancialmente las disposiciones de los arts. 1896 y 1897 con lo que en el derecho anterior establecía la ley 37 del tít. 14 de la Partida 5.ª, si bien en el Código se concreta y determina aun más la responsabilidad del que cobró indebidamente, ya conserve en su poder la cosa percibida, ya la hubiere enajenado, siempre que lo hiciere con buena fe. Cuando, por el contrario, falte ésta, entonces entran en el concepto de la indemnización debida los perjuicios inferidos con motivo de la venta, y, por lo tanto, no bastará que entregue el precio recibido ó ceda la acción que tenga para reclamarlo ó hacerlo efectivo, sino que, además, deberá reparar todos los que se le hubieran causado.

b) Derechos del que cobró lo pagado indebidamente.—También para fijar los derechos que corresponden al que recibió la cosa entregada indebidamente en pago, hay que atender al factor de la buena ó mala fe con que procediera.

La regla general la establece el art. 1898, según el que, para todo lo relativo al abono de las mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió el pago, habrá de estarse á lo dispuesto en el tít. 5.º del libro 2.º. Constituye, por lo tanto, el precepto de dicho artículo una disposición de mera referencia, y como ya en su lugar quedaron debidamente explicadas las prescripciones del título citado, á ellas nos referimos, dando por

reproducido aquí, como ampliación de estas indicaciones, el comentario de las mismas, porque no hemos de entrar ahora de nuevo en el examen de cada una de ellas.

Ocúpase dicho título de la *posesión,* y en el cap. 3.° del mismo se establecen los efectos de ella, siendo los artículos aplicables á las cuestiones que nos ocupan el 453, el 454, el 455 y el 456.

Según ellos, el que con buena fe realizó el cobro indebido, como el poseedor en quien se cumple dicha condición, tiene derecho al reintegro de todos los gastos que hubiere hecho y tengan el carácter de necesarios, pudiendo retener la cosa hasta que le sean satisfechos. También puede reclamar el abono de los gastos útiles con el mismo derecho de retención, pero pudiendo optar el dueño por satisfacer el importe de los gastos ó por abonar el aumento de valor que por ello haya adquirido la cosa entregada en tal concepto. Los gastos de puro lujo ó mero recreo no tiene derecho á que se le abonen, pero puede llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa entregada, si ésta no sufriere deterioro, á no ser que el dueño prefiera abonar el importe de lo gastado. Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo ceden siempre en fávor del dueño, y, por lo tanto, no tiene derecho á reclamar su importe el que cobró, como tampoco lo tiene para el abono de las mejoras de cualquiera clase que hubieren dejado de existir al recobrar la cosa entregada el que la dió en pago.

En cuanto al que obra de mala fe, únicamente puede reclamar el abono de los gastos necesarios que hubiere hecho para la conservación de la cosa, pero sin que tenga derecho á retenerla hasta su pago, como puede hacerse cuando media buena fe, pues esa diferencia respecto del derecho de retención en uno y otro caso, fué una de las novedades introducidas en el nuevo cuerpo legal, el cual reformó en este punto la ley 44, tít. 28 de la Partida 3.ª, que concedía esa facultad lo mismo al poseedor de buena fe que al de mala fe. Tampoco tendrá derecho al reintegro de los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo; pero po-

drá llevarse los objetos en que esos gastos se hubieren invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y el dueño no prefiera quedarse con ellos, abonando el valor que tuvieren en el momento de recobrarla.

Véase el comentario de los cuatro artículos antes citados para ahorrar innecesarias repeticiones.

II. *Concordancias.*—El art. 1896, primero de los que han sido objeto del examen precedente, concuerda con los arts. 1378 y 1379 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1147 y el 1148 del de Italia, con el 2259 del de Guatemala, con los artículos 1338 y 1339 del de Bolivia, con el 1664 y el 1665 del de Méjico, con el 2290 y el 2291 del de la Luisiana, con el 1550 y el 1551 del de la Baja California, con el 1399 del de Holanda, con el 1031 y el 1032 del de Vaud, con el 1645 del de Veracruz-Llave, con el 1277 del del Uruguay, con el 2301 del de Chile y con algunos otros.

El art. 1897 tiene á su vez concordancias con el 1379 y el 1380 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2258 del de Guatemala, con el 1661 del de Méjico, con el 1547 del de la Baja California, con el 2290 y 2291 del de la Luisiana, con el 1278 del del Uruguay, con el 2301 del de Chile, con el 1399 del de Holanda, con el 1338 y 1339 del de Bolivia, con el 1031 y 1032 del de Vaud y otros.

Y, por último, el 1898 concuerda con el art. 758 del Código de Portugal, con el 1555 del de la Baja California y con el 1669 del de Méjico.

ARTÍCULO 1899

Queda exento de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, ó dejado prescribir la acción, ó abandonado las prendas, ó cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor ó los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva.

Consígnase en este artículo una excepción de la obligación impuesta por los anteriores respecto de la devolución por parte del que realizó el cobro de la cosa, indebidamente recibida en pago, cuando hubiere mediado buena fe; y el fundamento de la excepción indicada se halla en un todo conforme con los buenos principios jurídicos, pues la misma buena fe con que procede el que cree que, en efecto, se le hace el pago á cuenta de un crédito legítimo y subsistente, puede llevarle al extremo de inutilizar el título, de dejar que prescriba la acción ó de abandonar las prendas y hasta cancelar las garantías referentes al débito por el cual se creyó equivocadamente motivado el pago; y entonces la equidad exige que no se le obligue á restituir, pues de otro modo saldría perjudicado ó perdiendo en lo que representare el crédito que inutilizó, siendo el error principal de quien hizo el pago indebidamente.

Por virtud de dicha exención el pagador sólo tendrá acción para reclamar la restitución contra el verdadero deudor ó los fiadores, respecto de los cuales estuviese aún viva la acción del crédito que correspondía al que cobró, y por cuenta del cual creyó recibir el pago. Hay, pues, una sustitución de acciones.

Lo dispuesto en este artículo guarda perfecta conformidad con el principio general, que regula y sirve de fundamento al cuasicontrato de que nos ocupamos, debiéndose la introducción de su precepto en el Código á las enseñanzas de la práctica.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 1377 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1146 del de Italia, con el 1397 del de Holanda, con el 1273 del del Uruguay, con el 2295 del de Chile, con el 2288 del de la Luisiana, con el 1336 del de Bolivia, con el 1029 del de Vaud, y con algunos otros.

ARTÍCULO 1900

La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre á su cargo la del error con que lo realizó, á menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso,

justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.

El precepto consignado en este artículo ha venido á sancionar, ó mejor dicho, á confirmar una regla de derecho establecida ya de una manera expresa por la ley 29 del tít. 14 de la Partida 5.ª, de acuerdo con el axioma jurídico *actore non probante reus est absolvendus*. Según ella, al actor incumbía probar los extremos de su demanda, y en cuanto al punto concreto del cuasicontrato que examinamos, disponía la ley citada sustancialmente lo mismo que el Código en el presente artículo, pues salvas las excepciones que establecía en favor de la mujer, del menor, del labrador simple, y demás que igualmente han desaparecido por virtud de las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 2.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación y por la distinta consideración de las personas en el derecho moderno, imponía la obligación de probar el yerro al demandador en el caso de que el demandado afirmase la paga, pero negando el error; y por el contrario, le eximía de la prueba de éste cuando el que cobró indebidamente negaba el hecho del pago, bastándole la prueba de ese hecho para que dicho demandado viniera obligado á tornarle lo que de él recibió.

Y la razón de dicha disposición es fácilmente perceptible, pues como el que hizo el pago fué el causante principal, si no único del hecho, y á él debe imputarse el error, no puede menos de venir obligado á la prueba del mismo, ó sea que pagó con dicha circunstancia, á no ser que el que cobró negare haber recibido la cosa entregada en pago, en cuyo caso, en consideración á la mala fe que desde luego revela dicha negativa, le exime de la prueba del yerro, aunque no de la certeza del pago, cuya prueba viene á destruir la negativa del demandado dando los caracteres de verdad á la reclamación.

Las amplias indicaciones que tenemos ya hechas respecto de este cuasicontrato, nos permiten ser brevísimos en los comen-

tarios de estos artículos complementarios de su régimen jurídico, y puesto que la extensión alcanzada ya por este tomo nos obliga al mayor laconismo posible, terminamos el análisis del presente diciendo que tiene sus precedentes en varias leyes del Digesto y en la ya citada de Partida, y que concuerda con el art. 1276 del Código del Uruguay, con el 2298 del de Chile, y con algunos otros.

ARTÍCULO 1901

Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió ó que ya estaba pagada; pero aquel á quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo á título de liberalidad ó por otra causa justa.

Exponiendo el concepto jurídico del cobro de lo indebido, hemos dicho que uno de los requisitos indispensables para la constitución y existencia de este cuasicontrato era la concurrencia en el pago de la circunstancia esencialísima del error de hecho por parte del que realiza el pago; y en el breve examen que acabamos de hacer del artículo anterior, indicamos que al demandante, ó sea al que pretende haber hecho indebidamente el pago, le incumbe la prueba del error con que lo realizó, á no ser que el demandado negase haber recibido la cosa entregada en tal concepto, en cuyo caso bastaría la prueba de la entrega, quedando relevado de la del yerro.

Pero á pesar de ser esta la norma establecida como regla general por la ley, hay sin embargo algunos casos en que la misma presume la existencia de ese error, reconociendo su concurrencia en tanto que no se pruebe lo contrario, y haciendo innecesaria la justificación del mismo en dichos casos. El establecimiento y afirmación de esa presunción legal, es el objeto del presente artículo.

Según él, la ley presume que ha habido error en el pago cuando se entrega en dicho concepto una cosa que nunca se debió, así como también cuando ya estaba pagada la que se dió en

pago; y esta declaración importantísima que hace el Código, constituye una de las bases esenciales en la materia.

Dicha declaración se halla en un todo conforme con lo establecido, respecto de este particular, en el derecho romano (1) y en la legislación de Partidas (2), y tiene su fundamento jurídico en la consideración derivada de lo que sucede en el orden natural de las cosas, según la que quien da lo que no debe no puede presumirse que lo dona mientras no conste de una manera segura y eficaz que lo hizo por mera liberalidad.

Mas la presunción establecida en este artículo es meramente *juris tantum*, y admite, por consiguiente, la prueba en contrario, permitiendo que la persona á quien se reclama la devolución de lo que se supone cobrado indebidamente oponga las pruebas que estime oportunas ó convenientes para demostrar que la entrega de lo reclamado se hizo á título de liberalidad ó por otra causa justa. La prueba de cualquiera de dichos extremos hace ineficaz la reclamación, dejando de subsistir, por consecuencia de ello, el cuasicontrato de que nos ocupamos, toda vez que falta el requisito indispensable del error en el pago, debiendo decidirse la contienda conforme á otros principios distintos de los que regulan dicho cuasicontrato; pero si, por el contrario, no llegara á comprobarse que la entrega se hizo á título de liberalidad ni por ninguna otra causa justa, entonces seguirá produciendo todos sus efectos la presunción favorable á la existencia del error.

El Código de Chile, de acuerdo con el precepto indicado, declara en su art. 2299 que cuando se da lo que no se debe no se presume que lo dona, á menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho, el que hizo la entrega.

---

(1) Véanse leyes 53 y 82, tít. 17, libro 50 del Digesto, y 12, tít. 2.º, libro 46 del mismo Cuerpo legal.

(2) Véanse leyes 28 y 29 del tít. 14 de la Partida 5.ª

CAPITULO II

De las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia.

El segundo grupo ó la segunda especie de las obligaciones que se contraen sin convención, ó que pueden producirse sin el consentimiento de las personas responsables de ellas, se refiere á las que provienen de culpa ó negligencia, como el Código denomina á la que por los tratadistas y por los jurisconsultos se designaban, hasta la publicación del nuevo cuerpo legal, con el nombre de *cuasidelitos*; cuyo origen se encuentra en los expositores é intérpretes del derecho romano.

Fúndanse dichas obligaciones en un principio indiscutible de justicia, reconocido por todas las legislaciones y sancionado en el primero de los artículos de este capítulo, según el que todo agravio, todo daño, ó todo perjuicio que reciba una persona en sus derechos, ya sea por acción ya por omisión, crea una relación jurídica de la que se deriva el derecho que tiene el agraviado á ser indemnizado, y la obligación consiguiente por parte del agraviante.

Para la mejor inteligencia de cuanto se refiere á este orden de obligaciones, conviene tener en cuenta lo que expusimos acerca de la doctrina general de la culpa, y como ya esta materia ha sido objeto de nuestro estudio, tanto en la parte del tratado de las obligaciones, como al tratar de la especialidad de la misma en cada uno de los contratos en particular, hemos de limitarnos, para evitar repeticiones, á hacer tan solo alguna ligera indicación de los motivos ó de las causas que pueden determinar dichas obligaciones, á fin de poder apreciar la distinta y especial naturaleza de las mismas y sus naturales efectos

Según el Código, pueden provenir de dos causas diferentes, que son: la culpa y la negligencia, es decir, que pueden contraerse por acción y por omisión, pues la culpa requiere la eje-

cución de un acto positivo que cause un perjuicio á otra persona distinta de la que le llevó á cabo, y á su vez la negligencia supone una omisión que produzca el mismo efecto, si bien ambas tienen de común el que el acto se ejecute ó se incurra en la omisión sin intención nociva, pues si no faltase dicho elemento, si el acto ó la omisión citados obedecieran á una intención dañosa, entonces vendrían á convertirse en verdaderos delitos ó faltas, según los casos, y producirían las responsabilidades penales y civiles correspondientes, pero no tendrían aplicación en dicho caso las especiales disposiciones de este capítulo. Cuando no llegan á efectos tan graves la culpa ó la negligencia, producen sin embargo obligación civil, limitada á reparar el daño causado por medio de su indemnización; y este es el caso que propiamente es objeto de la materia de que ahora nos ocupamos.

Si bien en ocasiones es difícil precisar si tiene carácter meramente civil ó penal el mal producido por la acción ó la omisión, en la generalidad de los casos, merced á la perfecta y clara determinación que en la actualidad se observa en la ciencia jurídica respecto de dichos órdenes, fácil es dar forma legal al concepto jurídico de las obligaciones provenientes de la culpa y negligencia como cosa distinta de las responsabilidades civiles propias de todo delito ó falta.

El hombre, ha dicho un autor, debe subordinar todas sus acciones á las reglas y preceptos de la prudencia; y si por obrar de una manera contraria á ella causa un mal á la persona ó bienes de un extraño, debe repararle en lo posible. Fué el causante del daño, aunque sin intención, y por tal motivo viene obligado á indemnizar debidamente al que por su causa sufrió el perjuicio. He aquí la obligación nacida de la culpa que no llega á constituir delito ó falta.

Pero además, no sólo han de responder de sus propios actos las personas, sino que á veces á cargo de ellas puede hallarse el cuidado y la custodia de algunos séres que por su edad ó circunstancias especiales no se hallen en condiciones de valerse por sí y estén por dicho motivo bajo su potestad ó guarda. Pue-

den también tener bajo sus órdenes, por razón de su industria ó comodidad, ó por otros motivos, dependientes, criados ú otras personas sobre los cuales deben ejercer especial vigilancia para evitar que por ignorancia, por impericia, por impremeditación ó por falta de las precauciones debidas causen daños á un tercero. Y, por último, para su servicio, comodidad, ó recreo pueden tener también algunos animales; y si por no haber ejercido la debida vigilancia sobre dichas personas ó no haber procedido con el celo necesario en la custodia y cuidado de los animales mencionados se causara algún daño, sin intención por su parte, obligados han de venir á repararlo, en uno y otro caso por haber prescindido de la diligencia debida en el cumplimiento de los deberes especiales que dichas circunstancias le imponían. Esta es la obligación nacida de la negligencia.

Es decir, que la idea de la culpa, según dice el Sr. Sánchez Román, lleva consigo la de la contradicción voluntaria de un derecho ajeno con la cual se causa perjuicio, daño ú ofensa á aquel á cuyo patrimonio jurídico pertenece el derecho indicado; pero esa violación del mismo, causante del daño ó perjuicio, ha de ser independiente de toda convención anterior y por eso ha sido conocida esta culpa con el nombre de *extracontractual*. En cambio, en la negligencia no hay acto positivo alguno del responsable de la misma, ni hay voluntad activa ni intención, sino meramente una omisión de los deberes de prudencia, de previsión, de vigilancia, que la ley le impone. De lo expuesto resulta que las responsabilidades establecidas para uno y otro de dichos casos, provienen de un principio de orden puramente civil, cual es el de que todo individuo debe abstenerse de realizar aquellos actos que puedan causar perjuicio á otros, y si á pesar de ello los ejecutare, ha de quedar obligado á la indeminización que proceda, de cuyo principio dimanan también las prescripciones del presente capítulo. Tiene, pues, carácter civil la materia que vamos á examinar y se halla perfectamente comprendida en el Código, que es al que corresponde desarrollar y dar forma legal á dicho principio.

Explicado ya el concepto jurídico de la culpa y de la negligencia, fuentes de esta clase de obligaciones creadas sin convención, réstanos indicar que siempre ha merecido análoga consideración en todas las legislaciones. En el derecho romano la ley Aquilia sentó ya el principio de que estaba obligado á indemnizar todo aquel que cometiere un daño por culpa ó imprudencia, especificando el grado de esta responsabilidad en multitud de casos y de circunstancias. La doctrina propia de la teoría romana fué trasladada más ó menos íntegramente á las leyes del título 15 de la Partida 7.ª, las cuales constituían nuestro derecho civil positivo hasta la publicación del Código que comentamos, pues si bien el penal en sus artículos 18, 19, 20 y 21 habían consignado la responsabilidad civil como consecuencia de la penal, extendiéndola en determinados casos á personas distintas de las que ejecutaron los hechos de que trajera su origen, es lo cierto que esa responsabilidad civil se refiere á hechos ó actos distintos de los que producen las obligaciones objeto de este capítulo, pues aquélla se contrae por hechos ú omisiones punibles con arreglo á la ley y éstas provienen de actos ú omisiones que sin estar penadas por ella son, sin embargo, culpables civilmente.

El Código civil reproduce el sentido general del antiguo derecho, si bien, concordando sus preceptos con las teorías modernas, impone las obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia, no sólo al causante del daño, sino á veces á una tercera persona que deba responder por él, por estar ligada á éste por vínculos tales que le hagan responsable de sus actos; y aun establece otros casos de responsabilidad que son, ó una reproducción de la acción *noxal* ó la extensión de ésta á otros daños de circunstancias análogas.

Con estas indicaciones podemos ya pasar al estudio de los diversos artículos que regulan la materia propia de este capítulo.

ARTÍCULO 1902

El que por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado.

I. *Fundamento jurídico de esta clase de obligaciones.*—Establece este artículo la regla general en cuanto á la imposición de las obligaciones provenientes de la culpa ó de la negligencia. Traen éstas origen de un daño causado por una acción ó por una omisión voluntaria, aunque ejecutado sin intención punible, y por lo tanto, el que voluntariamente ejecutó el acto generador ó determinador del perjuicio, ó el que incurrió también voluntariamente en la omisión que le produjo, es el llamado, en primer término, á soportar la carga ó la responsabilidad de su reparación.

Los términos de este artículo precisan y determinan con toda claridad el carácter especial de esta clase de obligaciones, que si bien en ciertos casos deben su origen á un hecho ó á un acto positivo, como las que nacen de los cuasicontratos, difieren, sin embargo, de ellas en que éstas provienen de un hecho lícito y puramente voluntario, llevado á cabo por el mismo á quien se impone la obligación, mientras que en las que ahora nos ocupan lo que las origina es una acción ú omisión ilícita, aunque no punible, y á veces involuntaria y hasta no personal del que ha de responder de ellas, pues, como veremos más adelante, pueden darse casos en que los actos ú omisiones que produzcan el daño no sean propios del sujeto á la obligación, el cual, por determinadas razones, ha de responder de ellos porque le son imputables en cierto modo, á pesar de que en realidad no los realizó. Pero la regla establecida en este artículo sólo se refiere á la responsabilidad que se impone al obligado cuando el daño que ha de repararse ha sido causado por actos ú omisiones personales del mismo, y descansa precisamente dicha regla en el principio jurídico que sirve de fundamento á toda la teoría de dichas obliga-

ciones, según el que todo el que causa un daño ó perjuicio obligado viene á repararlo.

Sin embargo, para no incurrir en error, hay que tener en cuenta que los límites del precepto contenido en el presente artículo son bastante más reducidos, pues no se hallan comprendidos en él todos los daños que pueden tener por causa la culpa ó la negligencia.

En efecto; examinando detenidamente la teoría general de la culpa y de la negligencia, se observa que, tanto en una como en otra de dichas causas, hay tres géneros ó tres especies distintas, á saber:

1.ª La que representa una acción ú omisión voluntaria por la que resulte incumplida una obligación anteriormente constituída.

2.ª La que sin existencia de una obligación anterior produce un daño ó perjuicio que, teniendo su origen en un hecho ilícito, no reviste los caracteres de delito ó falta; y

3.ª La que teniendo por origen un hecho que constituya delito ó falta produce una responsabilidad civil como accesoria de la responsabilidad criminal.

La primera de estas tres especies de culpa ó negligencia es siempre accesoria de una obligación principal, cuyo incumplimiento da origen á la teoría especial de la culpa en materia de contratos, y el estudio de ésta debe hacerse al examinar cada contrato, en especial, como lo hicimos así, analizando entonces los peculiares efectos de dicha culpa en cada uno de ellos.

La tercera de las especies citadas es accesoria también, pues no puede concebirse su existencia sin la de un delito ó falta que la produzca. Es decir, que sólo al lado de la responsabilidad criminal puede subsistir esa responsabilidad civil y la obligación proveniente de la culpa, indicada como una consecuencia de la responsabilidad criminal, y por consiguiente, su examen y regulación pertenecen al derecho penal.

Como consecuencia de ello, resulta que la única especie de culpa y omisión ó negligencia que puede ser y es materia del

presente capítulo, es la segunda, ó sea la que sin la existencia de una obligación anterior, y sin ningún antecedente contractual, produce un daño ó perjuicio que tiene su origen en una acción ú omisión culpable sólo civilmente; es decir, que siendo ilícita no revista, sin embargo, los caracteres de un delito ó falta por no estar penada por la ley. Y aun dentro de estos límites hay que restringir aún más los términos ó la materia propia de este artículo, el cual se refiere únicamente á la culpa ó negligencia personales del obligado, pero no á las que provienen de actos ó de omisiones de personas distintas de éste.

El precepto que examinamos se funda en un principio de equidad indiscutible, y la regla en él establecida constituye una máxima de jurisprudencia universal, pues la culpa no puede perjudicar más que á su autor, y en ningún modo debe soportar las consecuencias de ella quien sin voluntad, ni causa alguna por su parte, es víctima de los resultados de la misma ó sufre los perjuicios originados por ella. Pero no obstante la razón jurídica que le justifica, ha dado lugar á distintas cuestiones su aplicación, no sólo en nuestros Tribunales, sino también en los de otras naciones, cuyos Códigos sancionan análoga disposición legal, como sucede en los de Francia, Bélgica é Italia.

II. *Requisitos precisos para la aplicación de este precepto y extensión de la obligación impuesta en él.*—Entre las cuestiones que más frecuentemente se han suscitado y mayor número de declaraciones de la jurisprudencia han motivado respecto de la aplicación de esta responsabilidad, se hallan las que se refieren á la determinación del daño ó perjuicio sufrido y á la demostración de la existencia de la culpa ó negligencia por parte del causante del mismo.

Estos son los dos factores indispensables para que surjan las obligaciones objeto de nuestro estudio, pues sin el daño ó perjuicio no puede nacer la responsabilidad á que se contraen, y aunque ese elemento exista no ha lugar tampoco á la reparación por este concepto si no medió culpa ó negligencia por parte de alguna persona que diera origen á él.

En cuanto á la determinación del daño, es preciso que éste sea cierto y que no provenga del cumplimiento de las obligaciones ó de actos ú omisiones del mismo perjudicado, y respecto á la demostración de la existencia de la culpa ó de la negligencia, no bastan para su apreciación meras indicaciones ó presunciones inadmisibles para la debida constancia de ellas, sino que deben ser comprobadas de tal modo que no quepa lugar á duda sobre las mismas y sobre su correlación con el daño causado, pues para que puedan constituir fuentes de obligación es preciso que medie entre ellas y el mal producido la relación de causa á efecto.

Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que establecen esta doctrina. En efecto; en pleito seguido por la Compañía de Seguros titulada «La Unión y el Fénix» contra la Sociedad naviera Ibarra y Compañía, sobre indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incendio que, á consecuencia de la explosión ocurrida en el buque «Cabo Machichaco», se produjo en varios edificios y mobiliarios asegurados por dicha Compañía, el Tribunal citado, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada que absolvió á la Sociedad demandada, declaró terminantemente en sentencia de 23 de Junio de 1900 que «la acción para obtener la reparación del daño causado por actos ú omisiones en que intervenga culpa ó negligencia, requiere necesariamente la demostración de una ú otra de dichas causas, porque son el fundamento esencial de la acción citada, según los arts. 1089, 1093, 1902 y 1903 del Código civil, y por consiguiente, incumbe dicha prueba al actor de conformidad con el principio general de la prueba de las obligaciones establecido en el art. 1214, no bastando para dicha justificación la indicación inadmisible de que debe presumirse la responsabilidad por la simple existencia del daño y de que corresponde la exculpación al demandado». En su virtud, para que con éxito pueda demandarse la reparación preceptuada por el artículo que examinamos, es indispensable, no sólo la prueba del daño, sino también la de la culpa ó negligencia productora del mismo.

Dicho Tribunal, en sentencia de 13 de Noviembre de 1901, declaró también que el art. 1902 se refiere única y exclusivamente á los daños inferidos por acción ú omisión que no se derive del cumplimiento de las obligaciones. En sentencia de 7 de Marzo siguiente se reprodujo la doctrina, de antiguo admitida por la jurisprudencia, de la que es expresión el art. 1902 del Código, de que la culpa ó negligencia es fuente de obligaciones cuando entre ella y el daño se da la relación de causa á efecto; pero si el mal producido no dimana de actos ú omisiones de tercero, no alcanza á éste la obligación de repararlo, aunque *tales actos ú omisiones sean imprudentes ó ilícitos,* y mucho menos cuando se justifica que el daño tiene por causa inmediata la propia imprudencia del perjudicado. El mismo Tribunal, en sentencia de 4 de Diciembre de 1903, declaró nuevamente que «para estimar procedente en la vía civil la reclamación de daños y perjuicios ocasionados, no por el incumplimiento de una obligación, sino por un hecho ú omisión constitutivos de un delito ó cuasidelito, no basta que conste la existencia de aquéllos, pues además ha de probarse que provienen de dolo, culpa ó negligencia de la persona á quien se imputen, no existiendo dicha responsabilidad cuando, en vez de obrar con malicia ó culpa el agente, se circunscribió á ejercitar un legítimo derecho.

Por sentencia de 16 del citado mes de Diciembre de 1903 se volvió á proclamar la necesidad de que se justifique la existencia de los perjuicios cuya indemnización ó reparación se demanda, estimándose dicha justificación como una condición primordial de la responsabilidad impuesta por los arts. 1902 y 1903 del Código.

Posteriormente, en sentencia de 2 de Marzo de 1904, se declaró por el Tribunal citado que quien siendo dueño de una finca consiente, por vicios de ésta, que se irroguen perjuicios á un tercero, omitiendo la corrección de aquéllos ó el empleo de procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias en daño de otro, incurre en la responsabilidad marcada en el artículo 1902, y que, en su consecuencia, una Compañía concesio-

naria de un ferrocarril que, una vez hecha cargo de éste, construído por otra Compañía anterior, no corrige los vicios de las obras del mismo, produciéndose por consecuencia de ello daños en la propiedad de un tercero, viene obligada á indemnizar dichos daños, sin que pueda excusarse con que las obras fueron construídas por otra Empresa, porque aquélla, ó sea la que le sucedió, era la que á la sazón podía enmendarlos.

La necesidad de la prueba, por parte del demandante, de los daños ó perjuicios causados, fué ratificada en sentencia de 7 de Junio de 1905, en la que se sentó la doctrina de que, «si bien el que causa un daño á otro por actos propios, ó de las personas de quienes se deba responder, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á repararle, indemnizando los perjuicios causados, es indispensable acreditarlos para que pueda ser estimada la reclamación»; y si el Tribunal sentenciador, con vista de las pruebas practicadas apreciadas conjunta y separadamente, declara que el actor no ha justificado la existencia real de los mismos, es indudable que el fallo que niegue el derecho á la indemnización solicitada no infringe el referido art. 1902. Y, por último, en 16 del mismo mes de Junio el Tribunal mencionado volvió á declarar que la obligación de reparar el daño causado, impuesta por el presente artículo, procede sólo cuando aquél es consecuencia necesaria del acto ú omisión en que haya intervenido culpa ó negligencia, y no cuando el daño sea únicamente imputable á quien lo recibió en su persona ó en sus bienes.

De las declaraciones hechas en las sentencias que hemos citado, podemos deducir, como conclusión, que para darse origen á la obligación impuesta por el artículo de que nos ocupamos, es necesaria la concurrencia de dos requisitos distintos, á saber: 1.º, que exista un daño ó perjuicio no procedente de actos ú omisiones propios del perjudicado, y cuya existencia se acredite debidamente por el que reclama su reparación; y 2.º, que dicho daño ó perjuicio haya sido causado por culpa ó negligencia de una persona distinta de la que lo sufre.

La obligación impuesta por este artículo comprende los dos

particulares ó los dos términos propios de toda indemnización, con arreglo al 1106 del mismo Código, ó sean el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia que dejara de obtener. Así lo ha resuelto el Tribunal tantas veces citado en sentencia de 15 de Enero de 1902.

Sin embargo, aunque es necesaria la prueba de la existencia del daño ó perjuicio para que se produzca la obligación de indemnizar, puede quedar para el período de ejecución de sentencia la determinación de su cuantía y alcance, como lo tiene reconocido dicho Tribunal en sentencia de 7 de Febrero de 1905, según veremos más adelante.

III. *Concordancias.*—Determinada ya, tanto por la razón jurídica del precepto, como por las declaraciones de la jurisprudencia, la recta inteligencia del presente artículo, réstanos indicar que la disposición contenida en el mismo concuerda con las de los arts. 1382 y 1383 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1151 y el 1152 del de Italia, con el 1109 del de la República Argentina, con el 1341 del de Bolivia, con el 2314 del de Chile, con el 1295 del de Austria, con el 1280 del del Uruguay, con el 1649 del de Veracruz-Llave, con el 2276 y 2277 del de Guatemala, con el 2294 y 2295 del de la Luisiana, con el 1037 y 1038 del de Vaud y con algunos otros.

ARTÍCULO 1903

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos ú omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

El padre, y por muerte ó incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores ó incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños ó directores de un es-

tablecimiento ó empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, ó con ocasión de sus funciones.

El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario á quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.

Son, por último, responsables los maestros ó directores de artes y oficios respecto á los perjuicios causados por sus alumnos ó aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

ARTÍCULO 1904

El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

I. *Inteligencia de los preceptos contenidos en estos dos artículos.*— En el artículo anterior establece el Código la regla general en cuanto á la reparación del daño causado por actos ú omisiones propios y personales del obligado, mediando culpa ó negligencia por su parte; pero según expusimos ya en las indicaciones que tenemos hechas sobre la materia de esta responsabilidad extracontractual, pueden darse además casos en que la acción ú omisión determinante ó productora del daño ó perjuicio no se realice por la misma persona que queda sujeta á la obligación, sino por otras distintas ligadas á ella por vínculos tales que la conviertan en responsable legal de esos hechos que en realidad no ejecutó, y aun puede provenir también de otras causas extrañas por completo á su voluntad el mal que haya de ser repara-

do por él, por cuyo motivo ha tenido que consignar la ley las normas reguladoras de dichos supuestos, constituyendo su respectiva reglamentación el objeto exclusivo de los presentes artículos y de los restantes de este capítulo.

Desarrollando en ellos el Código los principios fundamentales de dicha responsabilidad, la impone por cuatro conceptos distintos, en todos los cuales son extraños al obligado los actos ú omisiones determinantes del daño reparable; pero en los que no deja de haber una razón ó un motivo de culpa por su parte.

Esos conceptos son:

1.° Por los daños y perjuicios causados por las personas que el responsable tuviera bajo su custodia ó dependencia.

2.° Por los que á su vez causaren los animales que el mismo tuviere para su servicio, comodidad y recreo, ó por aquellos de que se sirviese con dicho objeto aunque no fueren de su propiedad, así como por los que se produzcan en las fincas próximas por los que se criaren en una heredad de caza cuando no se hubiere hecho lo necesario para impedir su multiplicación ó se hubiese dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirlos.

3.° Por los daños que resulten por la ruina de un edificio ó por consecuencia de la industria que en él se ejerciere, ó por algunas otras determinadas causas; y

4.° Por los que se causaren por las cosas que se arrojaren ó cayeren de una casa habitada ó de parte de ella.

Al primero de dichos conceptos, corresponden las prescripciones de los dos artículos objeto del actual comentario; al segundo, los arts. 1905 y 1906; al tercero, los tres siguientes; y al cuarto, el 1910.

Concretándonos por ahora á la responsabilidad impuesta por los daños que causaren las personas tenidas bajo la custodia y vigilancia del responsable por razón de patria potestad, de tutela ó de dependencia, observamos, que según los términos del artículo 1903, tienen obligación de reparar dichos daños según los respectivos casos:

1.º El padre, y, por muerte ó incapacidad de éste, la madre, por los causados por los hijos menores de edad que vivieren en su compañía.

2.º Los tutores por los que causaren los menores ó incapacitados que estuvieren bajo su autoridad y habiten en su compañía.

3.º Los dueños ó directores de un establecimiento ó empresa respecto de los producidos por sus dependientes en el servicio de los ramos en que estuviesen empleados, ó con ocasión de sus funciones.

4.º El Estado, por los perjuicios que se sigan cuando obra por mediación de un agente especial; y

5.º Los maestros ó directores de artes y oficios respecto de los producidos por sus alumnos y aprendices que permanezcan bajo su custodia.

En cuanto á los padres y los tutores, no puede haber duda alguna acerca del fundamento racional de la obligación impuesta á los mismos por la ley, pues teniendo bajo su cuidado unos y otros á determinadas personas que carecen de la capacidad necesaria para regirse por sí mismo, esto les impone el deber de ejercer sobre ellas una vigilancia especial y exquisita, para evitar que por ignorancia, por impremeditación ó por falta del necesario discernimiento, causen daño á un tercero; y si á pesar de los apremios de la ley dejaran de cumplir ese deber ineludible, dando con ello ocasión á que las personas sometidas á su potestad ó á su guarda causaran un daño á otro, deben sufrir las consecuencias de su abandono y de su negligencia, viniendo obligados por ello á reparar dicho daño.

Por la misma razón, aquel que por su industria, por su profesión ó por otras circunstancias, tuviere alguna otra persona á su servicio ó bajo su dependencia ó custodia—como sucede á los dueños ó directores de un establecimiento ó empresa respecto de sus dependientes, y á los maestros ó directores de artes y oficios con relación á sus alumnos y aprendices—, debe exigir de ella que cumpla su cometido con la actividad y diligencia nece-

sarias; y si por faltar á éstas diere origen á un perjuicio, deben venir obligados á indemnizar al perjudicado aquel que tuviera á su servicio ó bajo su vigilancia al que causó el daño, ya por no haber tenido el debido celo en la inspección de los actos de sus dependientes ó subordinados, ya porque careciendo éstos, por regla general, de los medios de indemnizar personalmente, no es justo que el que sufre un daño por causa de otro se vea privado de acción suficientemente eficaz para reclamar su reparación; razón, que aunque parezca dura, es de indiscutible justicia, especialmente en los daños causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, ó con ocasión de sus funciones, pues es mucho más equitativo y justo que recaiga dicha responsabilidad sobre el principal ó director que pudo elegir otro dependiente cuidadoso y prudente, que no sobre el perjudicado que no pudo tener esta elección, y que si se valió de dicho dependiente, fué tan sólo por la confianza que le inspirara dicho principal ó director.

La misma consideración sirve de fundamento á la obligación impuesta al Estado; pero debe tenerse muy en cuenta respecto de ella, que, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Mayo de 1904, dicha responsabilidad se limita tan sólo á los daños ocasionados por los empleados del mismo, cuando éstos obran como agentes especiales suyos, y no tiene que responder de ellos cuando hubiesen sido causados por los funcionarios á quienes corresponda por razón de su cargo la gestión practicada, porque sólo en el primer caso cabe presumir en aquél la culpa ó negligencia, que es la base generadora en esta clase de obligaciones.

Por agente especial, en el sentido en que se emplean estas palabras en el art. 1903, debe entenderse, con arreglo á dicha sentencia, «el que recibe un mandato ó comisión concreta ó determinada, *ajena al ejercicio de su cargo*, si es funcionario público, para que en representación del Estado y obligándole como mandatario cumpla el encargo que se le confíe, cuyo concepto no puede alcanzar á un agente ejecutivo, que es un empleado de

la Administración activa, que, bajo su responsabilidad, ejerce las funciones normales y propias de su cargo, reguladas por la ley ó por los reglamentos»; doctrina perfectamente aplicable á todos los demás funcionarios públicos, que al llevar á cabo los actos determinantes del perjuicio causado, se limitaron á desempeñar las funciones propias del destino desempeñadas por los mismos.

Esto no quiere decir que no tengan acción los particulares para reclamar del Estado la indemnización correspondiente por los perjuicios que se les ocasionaren por acuerdos, que con culpa ó negligencia, tomaren los organismos de la Administración como expresión externa de la soberanía del poder público en su función ejecutiva, estando reconocido así por la misma sentencia antes citada, y además, con aplicación á los Ayuntamientos en la de 17 de Diciembre de 1902, en la que se estableció como fundamento de su resolución que, si bien es de la exclusiva competencia de las Corporaciones municipales acordar, en pro de los intereses de las poblaciones que administran, cuanto se relaciona con la apertura y alineación de calles y plazas, quedando subordinados á aquellos intereses los de los particulares, no puede entenderse por ello que dichos particulares carecen en todo caso de acción para reclamar indemnización de los perjuicios que tales acuerdos ocasionen en sus derechos civiles, pues si éstos fueron creados al amparo y con la garantía de resoluciones administrativas, la autoridad que, prescindiendo de ellas y contrariándolas, adopta otras que lesionen los expresados derechos, se hace responsable con actos propios y espontáneos, de sus consecuencias, por virtud del principio jurídico fundamental sancionado por el Código civil de que *quien causa un daño debe repararlo,* ya que en las referidas facultades cabe la culpa ó negligencia que suponen los acuerdos contradictorios.

Réstanos indicar para dejar explicado el alcance ó extensión de la responsabilidad impuesta á aquellas personas que deben responder de los daños causados por otras, así como los efectos de esta obligación:

1.° Que dicha responsabilidad cesa cuando las personas á quienes la impone el art. 1903, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia, estableciéndose en su virtud en dicho artículo una presunción legal de la culpabilidad de las personas citadas en él, pues en razón á las relaciones de autoridad ó superioridad que mantienen con los autores del daño causado, la ley presume que les es imputable la causa del mismo por su propia culpa ó negligencia, considerándoles como autores morales de dicho daño por no haber puesto de su parte el cuidado ó la vigilancia necesaria para evitar que aquéllos dieran origen á él, conforme con cuyo criterio se halla la sentencia de 18 de Mayo de 1904 antes citada. Pero esa presunción establecida por la ley no es absoluta ó *juris et de jure,* sino *juris tantum*, y por consiguiente, cede á la prueba en contrario; y

2.° Que según terminantemente se establece en el art. 1904, segundo de los que son objeto de este comentario, el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiere satisfecho, cuyo precepto debe estimarse en un sentido amplio, pues es doctrina corriente que si bien el dueño ó principal no está obligado á pagar el daño que sus dependientes causaren en los casos en que no le sea imputable dicha responsabilidad, es decir, cuando no haya sido producido con ocasión de sus funciones, si le pagase, sin embargo, puede reclamar también contra aquéllos lo que hubiere satisfecho cuando lo hiciere por propia voluntad y sin orden ni mandato del que causó el daño, pues si la orden ó el mandato existieren, originaría una obligación personal expresa.

El Tribunal Supremo tiene declarado además en sentencia de 23 de Diciembre de 1903 que la acción que el mencionado artículo 1904 concede al que paga el daño causado por sus dependientes, no excluye la de exigir la restitución de lo que ellos pagaron indebidamente por error.

II. *Fundamento de la responsabilidad impuesta por actos ajenos.*— La responsabilidad impuesta por el art. 1903 á los que deben responder por otras personas, no es subsidiaria sino directa,

como lo exige la causa que la motivó; y la establece la ley por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones especiales de autoridad ó superioridad que median entre el que ha de reparar el daño y el que dió motivo á él con sus actos ú omisiones.

En cuanto á la obligación de los padres y de los tutores, ninguna dificultad existe ni se ha suscitado duda alguna sobre el fundamento racional ó jurídico de ella; pero no sucede lo mismo respecto á los demás casos comprendidos en el citado art. 1903, pues por el contrario, ha sido objeto de larga controversia dicha cuestión, sosteniéndose teorías y doctrinas contradictorias en explicación de la razón legal de la obligación impuesta en dichos casos.

Según Giorgi, Mosca, Sechi y la mayoría de los tratadistas italianos, se funda la responsabilidad del dueño ó principal, y lo mismo podemos decir de los demás casos, en una presunción *absoluta* de culpa ya *in eligendo*, ya *in vigilando*, ó en ambos conceptos á la vez, llegando algunos de los partidarios de dicha teoría á excluir la responsabilidad citada cuando falta el hecho que sirve de base á dicha presunción, ó sea la libertad de elegir ó la posibilidad de la vigilancia. Contra esta teoría, por mucho tiempo dominante, se ha levantado recientemente una opinión opuesta, la cual presupone la existencia de una responsabilidad *sin culpa objetiva*, ó sea de un daño *inculpable* como le llaman los autores, teoría que si bien pudiera parecer una mera novedad académica, es al menos para sus partidarios, entre los cuales se cuentan Gabba, Orlando, Prazantaro, Glük, Barasi y otros, una restauración de la justicia ó una necesidad imperiosa de la vida jurídica moderna.

Esa opinión no sólo no destruye el principio de que la responsabilidad sigue á la culpa, como algunos han supuesto, sino que adiciona á él el de que la responsabilidad en dicho caso, es *extraculpable*, y este segundo principio, á juicio de los mantenedores de dicha teoría, explica mucho mejor la regla jurídica que la de la presunción absoluta de la culpa.

Los autores de esta última teoría, al afirmar la presunción mencionada, se refieren, ante todo, á los trabajos preparatorios del Código francés. En efecto: dirigiéndose Theilhard al Consejo de Estado, después de haber expuesto el contenido del art. 1384, análogo al nuestro, dice: «Regulada de esta forma, la responsabilidad parece justa en todas sus partes. Aquellos á quienes incumbe deben imputársela á sí mismos: unos por su debilidad, otros por su mala elección, todos por su negligencia». Á su vez Bertrand de Greuille, afirma: «Los amos y los comitentes no pueden, en ningún caso, deducir argumento alguno favorable de la imposibilidad en que pretenden haber estado para impedir el daño causado por sus servidores ó comisionados en las funciones que le fueron confiadas, y por eso el Proyecto (del Código) les sujeta á entera é inequívoca responsabilidad». «¿No es, añade, el servicio de que se aprovecha el amo lo que ha producido el mal que viene obligado á reparar? ¿No debe, por tanto, reprocharse á sí mismo el haber otorgado su confianza á personas ignorantes, imprudentes ó ineptas? ¿Sería justo que los terceros fueren víctimas de esta indiscreta confianza, la cual es la verdadera fuente del daño que causan?» Por último, Tarrible, defendiendo en el Parlamento dicho Proyecto, decía en apoyo de la responsabilidad de los patronos y comitentes impuesta en el mismo, que «dicha responsabilidad era una consecuencia de la relajada disciplina de los criados y dependientes, imputable á los primeros».

Conforme con la doctrina expuesta por dichos jurisconsultos, que tan importante parte tomaron en la confección y aprobación del Código citado, habíase formado la convicción de que el fundamento de dicha responsabilidad era la presunción de culpa establecida como absoluta por la ley respecto de las personas á quienes se imponía la obligación de reparar el daño causado por los que estaban bajo su autoridad ó dependencia; pero, Lessona, y con él otros tratadistas, sostiene que no hay nada que autorice esa presunción *juris et de jure*, la cual choca con lo que frecuentemente sucede en el orden natural de las co-

sas, que es precisamente lo contrario de lo que la ley presupone como base de dicha presunción, pues en vez del descuido ó abandono en la elección ó de la negligencia en la vigilancia, el propio interés impulsa al hombre por regla general á escoger para criado ó dependiente al más apto y ese mismo interés le inclina á vigilarle de todos modos. Así, pues, ni puede servir para justificar la imposición de dicha responsabilidad la ficción de una culpa que no existe, ni puede ser base de la misma una presunción absoluta de culpa fundada sobre la probabilidad genérica de culpa existente en todo caso. «Una culpa fingida ó presumida, dicen, es por lo general una injusticia; una responsabilidad *sin culpa* puede, por el contrario, aparecer justísima».

Conforme con esta opinión, se ha formado la teoría de la responsabilidad *inculpable,* es decir, de aquella que impone la obligación de reparar los daños causados por hechos ajenos, no en virtud de una ficción ó presunción de culpa, sino por otras razones de orden social y de interés público, que cuidadosamente exponen Sainctelette (1) y Saleilles (2).

Otros autores, partiendo de la indicación hecha por Bertrand de Greuille, ya citada por nosotros, de que la base de la responsabilidad es el aprovechamiento que obtiene el patrono del servicio que causó el daño, y de la opinión de Domat, que no concebía otra razón de responsabilidad para los maestros, ó directores de artes y oficios, como les llama nuestro Código, mas que la de ser los representantes de los *preposez* (3), han venido á encontrar en dichos precedentes la génesis de la teoría de la *representación* y de la del *riesgo,* adoptadas por los escritores modernos para explicar la responsabilidad de que nos ocupamos.

Pero no son estas las únicas admitidas con dicho fin, sino que existen otras muchas que fundan la citada responsabilidad sobre razones extrañas por completo á la culpa. Así, por ejem-

(1) *De la resp. et de la gar.*, pág. 124.

(2) *Essai d'une theor. gener. de l'obligt*, pág. 376.

(3) *Loix. civ.*, lib. 2.°, pág. 132.

plo, Gierke, la hace descansar *en una relación de autoridad ó de señorío en la esfera de los intereses económicos;* Aubri y Rau y Sourdat la hacen derivar de la *dirección* que á los patronos corresponde dar á sus clientes; Venezian, sostiene que *del daño es responsable objetivamente, por mera relación de causalidad, el patrimonio;* Loening, justifica el daño inculpable, por *el peligro* creciente en la actual organización de la industria; Unger, estima que es responsable del daño aquel que *con voluntad propia y con propia iniciativa* ha dado origen á aquella esfera de actividad más ó menos extensa, cuyo ejercicio ofrece determinados peligros á los terceros, haciendo depender, en su consecuencia, la obligación de reparar de la libre iniciativa del patrono; Barassi, la funda en el principio del *interés lucrativo*, y Prazantaro, considera que la base segura del concepto de dicha responsabilidad se tiene en la doctrina de la causalidad jurídica del hecho dañoso, fundado sobre el criterio de la lesión del derecho ajeno, reparable según el principio de derecho y de moral *unicuique suum tribuere neminem lædere.* Otras opiniones podríamos citar, entre ellas las de Gabba, Coviello, Bennardo, Merkel y Ferrini; pero las expuestas bastan para conocer el estado de confusión que entre los tratadistas se observa.

Entre las diversas teorías sustentadas, descuella la de la *representación*, que adivinada instintivamente por Toullier y por Borsari, y afirmada por vía de aplicación por Meucci, fué claramente demostrada por Chironi, quien á este propósito decía: «Las líneas genéricas de la representación en general, se advierten en el hecho de que *al sustituirse por otro en el cumplimiento de un acto que se quiere efectuar en el propio interés, ó en el disfrute de un derecho estipulado para sí,* pero con el cual va unida la observancia de determinadas obligaciones, el sustituído, sin poner en juego con el sustituto una verdadera y propia relación de representación, ó aun sin querer tal cosa, *hace jurídicamente por sí lo que hace por medio de otro*».

En su virtud, el simple hecho de la *sustitución* constituye en responsable al sustituído para con los terceros, por culpa con-

tractual si la *sustitución* tiene lugar respecto del cumplimiento de una obligación derivada de una convención, ó por culpa excontractual si el daño fuere causado por el sustituto con independencia de toda relación de obligación que tuviese el sustituído. Es, pues, el hecho de la *representación*, en opinión de los partidarios de esta teoría, lo que determina la responsabilidad del sustituído, quien, al sustituir su persona por otra, pone con ello en ejercicio un hecho personal suyo, por consecuencia de cuyo hecho se encuentra el sustituto sujeto á su *dependencia*, y por ella es determinada la *representación*, que á su vez es la causa de dicha responsabilidad.

Según un autor, es el concepto de la *dependencia* al que acude por necesidad la mente para comprender cómo la sustitución engendra la *representación* del sustituído. Cierto es, añade, que en ella está contenida también la obligación de la *vigilancia*, pero esto importa poco para la constitución de la responsabilidad, pues «él responde, porque *su dependiente es por ello su representante*».

Esta teoría de la representación ha ido abriéndose camino en los Tribunales italianos, si bien de una manera relativa ó secundaria, pues el de Casación de Roma en sentencia de 21 de Mayo de 1897, después de haber invocado la doctrina común de la responsabilidad citada, añade que tal vez no fué extraño al legislador un pensamiento de equidad y de justicia, porque las más de las veces sería imposible que fueran resarcidos daños gravísimos por los subordinados. A éstos, dice la sentencia indicada, el castigo en vía penal, y *á aquéllos, en cuyo nombre ejercitaron sus funciones, la responsabilidad en vía civil*. El Tribunal de Apelación de Génova en sentencia de 1.° de Diciembre de 1899, ocupándose también de esta cuestión; declaró que la responsabilidad del patrono puede fundarse sobre culpa *in eligendo, ó más modernamente dicho, sobre la representación*.

Frente á esta teoría se mantiene la del propio interés ó provecho, la cual se funda en el principio *cuius commoda eius est incommoda*, ó como dicen otros autores, *quien obra por propio interés*

obra á propio riesgo. Según Danni, la causa de la responsabilidad, con arreglo á ella, es una relación de reacción de los efectos de una determinada actividad sobre aquel que le dió impulso y movimiento.

Fundamentando esta teoría, Bolaffio dice: «El comisionado obra en interés del principal. No le representa en el sentido jurídico, pero cumple una comisión, un encargo, por él, en su exclusivo provecho. Los terceros se ponen en relación con el comisionado cuando éste ha asumido la cualidad de encargado, y en la ejecución de un encargo sufren el daño. Es, pues, justo, añade, que las consecuencias de éste sean soportadas por quien quiso ser sustituído en el desenvolvimiento de su actividad material por un tercero, como las soportaría si él mismo, directamente, hubiere causado el daño. No se trata de confusión jurídica del representante y representado, sino más bien de hacer recaer las consecuencias del acto sobre aquél en cuyo interés fué ejecutado ó debió ejecutarse. La comisión se cumple en interés del comitente; y de aquí que la responsabilidad de ella subsiste mientras que el comisionado permanece dentro de los límites del encargo confiado, y el damnificado puede probarlo. Pasados estos límites, el interés ya no se presume y la responsabilidad aminora».

Otros autores han tratado de armonizar estas dos teorías, que si bien parecen disconformes, tienen en lo sustancial algunos puntos de contacto.

Nuestro Código no ha seguido la escuela italiana, sino que más bien se ha inspirado en el criterio de la doctrina francesa, puesto que impone la obligación de reparar el daño causado en virtud de una presunción *juris tantum* de culpa por parte del que tiene bajo su autoridad ó dependencia al causante del daño, derivada del hecho de no haber puesto el cuidado y la vigilancia debida en los actos de sus subordinados para evitar dicho resultado. Así es, que según el párrafo último del art. 1903, cesa dicha responsabilidad cuando se prueba que los obligados por los actos ajenos, emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia. Luego no es la causa de la obligación impuesta la repre-

sentación, ni el interés, ni la necesidad de que haya quien responda del daño causado por el que no tiene personalidad ni garantías de solvencia para responder por sí, sino el incumplimiento implícito ó supuesto de los deberes de precaución y de prudencia que imponen los vínculos civiles que unen al obligado con las personas por quienes debe reparar el mal causado. Por ese motivo coloca dicha obligación entre las que provienen de la culpa ó negligencia.

III. *Concordancias.*—El precepto contenido en el art. 1903, tiene sus precedentes en las leyes 6.ª, pár. 2.º, tít. 3.º, lib. 9.º del Digesto, y en la 1.ª, párrafo 5.º, tít. 4.º, libro 39 del mismo cuerpo legal. Del derecho romano pasaron sus principales reglas á las leyes 4.ª del tít. 13 de la Partida 7.ª, y 5.ª, del tít. 15 de la misma Partida, proponiéndose análoga disposición en el artículo 1901 del proyecto de Código de 1851, y concuerda además con los arts. 1384 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1153 del de Italia, con el 1113 al 1121 del de la República Argentina, con el 2320 del de Chile, con el 2277 y 2279 del de Guatemala, con el 1281 y 1285 del del Uruguay, con el 1313 del de Austria, con el 1039 del de Vaud, con el 2299 del de la Luisiana, con el 1403 del de Holanda, con el 1597 del de Méjico, con el 1481 del de la Baja California, y con el 1651 y 1652 del de Veracruz-Llave.

A su vez el art. 1904 tiene sus precedentes por analogía en la ley 6.ª, tít. 9.º, libro 4.º del Digesto, proponiendo también un precepto análogo al mismo el art. 1905 del proyecto de Código de 1851, y concuerda, entre otras disposiciones, con el artículo 1656 del Código de Veracruz-Llave, con el 1123 del de la República Argentina, con el 2325 del de Chile, con el 1313 del de Austria, y con el 1283 del del Uruguay.

ARTÍCULO 1905

El poseedor de un animal, ó el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape ó extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en

el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor ó de culpa del que lo hubiese sufrido.

ARTÍCULO 1906

El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación ó cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.

I. *Concepto y fundamento jurídico de la obligación impuesta en estos artículos.*—Refiérense estos dos artículos á la responsabilidad impuesta por los daños causados por los animales, y como la razón jurídica es la misma en uno y otro de los casos á que se contraen, los hemos agrupado para su estudio, á fin de evitar la repetición de conceptos que en otro caso sería indispensable.

En el primero de ellos se condensan en breve síntesis las prescripciones de las leyes 21, 22, 23 y 24 del tít. 15 de la Partida 7.ª, y en el segundo, se sanciona una regla no conocida antes en nuestro derecho, por cuyo medio se ha tratado de dar solución al difícil problema de los daños causados por la caza en las tierras colindantes á los sotos ó heredades en que se cría.

Así como en la responsabilidad impuesta á determinadas personas por razón de actos ajenos se han suscitado diferentes opiniones y teorías distintas para justificar dicha obligación y determinar su fundamento, del mismo modo nos encontramos, en cuanto á la establecida por los daños producidos por los animales, una diversidad de criterio, más amplia aún, que demuestra una inexplicable falta de base jurídica en la doctrina mantenida por algunos tratadistas.

En efecto, unos fundan esta responsabilidad en una presunción *juris et de jure* de culpa del propietario ó usuario, estimando que por la naturaleza de la misma no pueden librarse éstos de la obligación impuesta, ni aun probando que la causa del daño fueron los actos de un tercero extraño ó del mismo damnificado. Otros reconocen como base de dicha responsabilidad una pre-

sunción *juris tantum*, también de culpa del propietario ó usuario, admitiendo, por consiguiente, la prueba en contrario, y aun dentro de esta misma teoría se establecen diversas distinciones, sosteniendo algunos que no basta para sustraer de dicha responsabilidad al obligado la prueba de la propia y debida diligencia—con lo cual está conforme nuestro Código—, sino que debe probar ó la existencia de un caso fortuíto ó la culpa del mismo perjudicado ó la de un tercero extraño, por quien no se esté obligado á responder; y otros, por el contrario, opinan que á más de dicha prueba bastaría también para eximir de toda obligación la de la propia diligencia. Y, por último, se ha sostenido igualmente la doctrina de que la obligación de reparar en este caso se funda, como en los anteriores, en una obligación sin culpa ó *inculpable*.

El examen crítico de estas distintas teorías queda hecho en muy breves términos. La primera de ellas, ó sea la que admite como fundamento de la obligación una presunción absoluta de culpa por parte del dueño ó usuario, adolece del enorme defecto de no eximir del resarcimiento, aunque el daño no procediera de culpa del obligado ó de otra persona extraña á él, pues, presumiendo de un modo absoluto la culpa del dueño ó usuario, no puede permitirse la prueba de la causa del hecho determinante del mal objeto de dicho resarcimiento.

En cuanto á la segunda, consistente en la admisión de la prueba contraria á la culpa presunta, es impugnada también como contraria al origen y fundamento de la responsabilidad impuesta por la ley en este caso, pues en él, á su juicio, la obligación de reparar no nace de la mayor ó menor diligencia puesta por el dueño ó usuario del animal damnificador, sino de otras causas distintas; esto aparte de que, según dicen los que combaten la prueba liberatoria de la responsabilidad, no hay hecho meramente casual del daño sin que en todo caso exista además del que le origina un hecho del hombre que coopera á él, siendo ese hecho, en el caso de que nos ocupamos, la voluntaria posesión y uso de los animales.

Y como fundamento de esa impugnación se han sostenido las teorías del *consentimiento presunto,* del *consentimiento tácito* y de la *equidad natural,* que indicamos en el comentario del art. 1887, al exponer la noción jurídica de las obligaciones nacidas de los cuasicontratos.

A este propósito, se ha dicho: así como en las otras hipótesis del daño causado por actos ajenos descansa la responsabilidad en la falta de vigilancia ó en la mala elección, es decir, *in vigilando* ó *in eligendo,* en los perjuicios inferidos por los animales que se poseen ó se usan, la obligación de reparar ó resarcir trae su causa originaria del hecho sólo del dominio, ó del uso precario del animal dañador; pues si bien el padre de familia, el tutor y demás personas obligadas á responder por otros pueden evitar los daños originados por éstos, mediante la vigilancia de las personas sometidas á su autoridad ó dependencia, y con la exquisita elección de los criados, de los dependientes ó de los operarios cuyos servicios utilicen; y si el propietario de un edificio puede prevenir su caída y los daños consiguientes con la cuidadosa construcción del mismo, ó su oportuna reparación, no sucede lo mismo con los daños provenientes de dicha clase de animales, porque nadie puede contrarrestar en los brutos la fuerza imperiosa de los irresistibles instintos, aun adoptando la mayor prudencia.

De aquí que en vista de esa imposibilidad, se suponga que aquél que posee ó usa un animal por una razón de necesidad, ó para su comodidad ó recreo, se somete desde luego por el mero hecho de su posesión ó uso á todas las eventuales consecuencias y á todos los daños ulteriores que pudieran sobrevenir, aceptando asimismo *implícitamente* por virtud de ese hecho la responsabilidad consiguiente, lo cual presupone la existencia de un *consentimiento presunto* ó de un *consentimiento tácito,* por parte del poseedor ó usuario del animal que ocasionó el daño, con la obligación de responder del mismo.

De este modo suponen que debe entenderse en las acciones noxales la máxima por algunos combatida *cujus commoda eius*

incommoda, nam commoda et incommoda inter se reciprocantur, pues aun cuando el daño no puede calificarse *stricto jure* como una secuela directa de la propiedad ó del uso, es siempre su consecuencia indirecta y mediata, la cual debe explicarse por el principio *causa causæ est causa causati,* cuando quiera determinarse la razón de la responsabilidad.

No hemos de entrar en las distinciones hechas por los tratadistas entre el consentimiento presunto y el tácito, pues para nuestro actual objeto nada importa el concepto que uno ú otro deba merecer, por lo que prescindimos de su examen, y en cuanto á la teoría de la equidad natural, basta su enunciación para que se comprenda su fundamento y la razón jurídica de su existencia.

Derivación de esas diversas teorías y consecuencia inmediata de su aplicación es, el que los autores italianos, que son los que con más extensión se han ocupado de esta materia, y lo mismo la jurisprudencia de sus tribunales, estimen prohibida al propietario del animal dañador, ó al que de él se sirvió, la prueba liberatoria, no sólo del caso fortuíto, sino hasta de la culpa del mismo perjudicado *en el hecho dañoso,* ó de un tercero por quien no haya obligación de responder.

Nuestro Código no llega á tanto, pues si bien admite, como las teorías indicadas, que la responsabilidad en este caso no proviene de la falta de previsión ó de prudencia y vigilancia de parte del dueño ó usuario, puesto que le hace responsable de los perjuicios que causare el animal dañador, aunque se hubiere escapado ó se extravíe, es decir, cuando está fuera de la acción de su cuidado y de sus actos, le admite sin embargo, para el efecto de cesar dicha obligación, la prueba de la fuerza mayor y aun de la culpa de quien sufriere el daño.

Los partidarios de la opinión opuesta á dicha prueba, se fundan en la consideración siguiente: Si el derecho de propiedad, ó el de solo uso, concede, tanto al propietario como al usuario, la facultad de tener ó no tener, de servirse ó no servirse de determinados animales, desde los más inofensivos á los más nocivos

y fieros, en el ejercicio de tal facultad se encuentra limitado su derecho por el que los demás tienen á su integridad personal ó patrimonial, porque siendo poseídos dichos animales para la sola utilidad, comodidad ó recreo del dueño ó del usuario, no pueden éstos obtener esa suma de ventajas *jattura aliena* ó á perjuicio ajeno. Por esto, en tal caso, representando la propiedad ó el uso de los citados animales un medio destinado al fin del lucro ó del recreo de aquéllos, cuando este medio se excede en su acción sobreponiéndose ó invadiendo el ejercicio legítimo del otro derecho á la conservación personal ó patrimonial, induce por sí la obligación en el propietario ó en el usuario del animal que causó el daño, á la reparación de las consecuencias dañosas, puesto que mientras el propietario y lo mismo el usuario *certant de lucro captando*, el que ha sido perjudicado *certat de danno vitando* (1).

Además se ha dicho en apoyo de dicha opinión, que como en todo caso con el hecho casual del daño, concurre necesariamente un hecho del hombre que á él coopera, según expusimos antes, cual es la posesión voluntaria ó el uso del animal damnificador, no puede aducirse la prueba del caso fortuíto, porque con éste se halla siempre mezclada la culpa derivada de ese hecho voluntario, siendo como es fácilmente previsible y prevenible el daño que, dada la irracionalidad del animal, *quia juditio caret,* daría siempre por resultado que fué obra del poseedor ó usuario, aunque con el concurso y la coeficiencia del hecho casual ó del hecho fortuíto.

Y si inadmisible es para los partidarios de esa teoría la prueba de éste, menos permitida entienden que debe ser la de la culpa del perjudicado cuando éste por casualidad hubiese dado ocasión involuntaria al hecho, exponiéndose imprudentemente á ser ofendido por el animal, pues entienden que el hecho del daño suministra por sí mismo la prueba de que fué efímera é ineficaz la custodia de aquél y de que no se puso la diligencia y el cui-

---

(1) Véase Sentencia del Tribunal de Apelación de Florencia de 17 de Abril de 1900.

dado exigidos por la ley para prevenir y evitar dicho resultado, demostrando sobradamente que el propietario ó el usuario no ejercitaron una custodia eficazmente impeditiva del daño ó no hicieron todo aquello que estaba de su parte para impedirle.

Para estimarlo así se fundan en que la causa efectiva, eficiente y determinante del daño producido por el animal no es la imprudencia del perjudicado aun cuando éste llegare á instigar, á azuzar ó á maltratar al animal, sino el instinto fiero de éste que le lleva á conducirse dañosamente respecto de las cosas y de las personas, por lo que consideran que no tiene oportuna aplicación ni es exacta en su esencia la máxima jurídica *si istigata ejus fera damnum dederit* en la que se fundan los que sostienen que debe eximirse de responsabilidad en tal caso al propietario del animal dañador. Y conforme con dicha inteligencia, afirman que la provocación del daño por el perjudicado no puede servir de base á la exención, ni á la compensación de las respectivas culpas, la del dueño ó usuario del animal y la del damnificado, no sólo porque dicha compensación fué repudiada siempre por la doctrina y la jurisprudencia, sino también porque tanto para ésta como para las otras causas de exención, faltaría la identidad de los términos de relación entre la imprudencia del que sufre el daño y el hecho origen del mismo, producido por la sola fuerza bruta. Si por el contrario, dicen, pudiera valuarse la instigación para los efectos de la responsabilidad, ninguna indemnización debería corresponder entonces á todos aquellos que con buen fin, ó por el ejercicio de un arte ú oficio ó por la custodia misma de los animales, fuesen perjudicados por éstos en el ejercicio legítimo de la ocupación á ellos encomendada por el propietario, ya fuera al reprimirlos, ya al amaestrarlos, al curarlos ó al obligarlos al trabajo.

La teoría opuesta, es decir, aquella que en sus distintas modalidades admite la prueba sólo del caso fortuíto y de la culpa del perjudicado y del extraño ó también la de la simple diligencia, es la que funda la obligación de resarcir ó reparar en una presunción *juris tantum* de culpa por custodia negligente que tan

sólo puede prosperar en tanto no se pruebe lo contrario, cuya teoría ha sido impugnada por las razones que tenemos ya dichas. En cuanto á la del daño inculpable ó responsabilidad sin culpa, recuérdese para evitar repeticiones innecesarias, lo que digimos acerca de la misma, con relación al daño causado por las personas de cuyos actos hay obligación de responder; y por último, la de la equidad natural, se funda en un principio de interés social, no de extricta justicia, según el que se estima que debe responder del daño causado por el animal el que obtiene de él utilidad y ventaja, pues teniendo que soportar necesariamente dicho daño una de las dos partes que en el hecho intervienen—el propietario ó usuario y el lesionado—, se considera más equitativo que sufra las consecuencias del daño el que tiene el animal para su provecho ó servicio.

La base, pues, de dicha teoría es una regla puramente objetiva que constituye un principio de equidad social y que impone, como consecuencia obligada, las excepciones tanto del caso fortuíto como de la culpa del damnificado y la de un tercero extraño. Sin embargo, no todos admiten dichas excepciones, pues frente á Chironi, Penserini y Barassi que siguen dicha opinión, se oponen á ella Ferrini, de Martinis, y algunos otros.

Hemos examinado con la detención que resulta de las anteriores indicaciones las diversas teorías mantenidas por los tratadistas é intérpretes del derecho extranjero respecto á la causa y fundamento de la obligación impuesta por la ley respecto de los daños causados por los animales, porque del contraste de ellas resulta plenamente justificado el sistema seguido por nuestro Código.

Según tenemos ya dicho, no funda éste la obligación citada en una presunción *absoluta* ni aun *relativa* de culpa por parte del dueño ó usuario del animal causante del daño, puesto que la impone aun en el caso de que no pueda evitarlo por no estar en su poder dicho animal, por habérsele escapado ó extraviado, y por eso no admite en esta clase de daños, como lo hace respecto de los que proceden de persona distinta del responsable, la prueba

de la diligencia propia de un buen padre de familia á que se refiere el último párrafo del art. 1903, examinado en el anterior comentario; pero no llega á los rigores de la primera de las teorías que hemos expuesto, toda vez que el art. 1905, reconoce como causas bastantes para la cesación de dicha responsabilidad la fuerza mayor y la culpa del damnificado.

Como se vé, para nada tiene en cuenta nuestro Código la culpa del tercero extraño al daño, cuando éste fuere motivado por los actos del mismo, no siendo éste una de las personas por las que deba responder aquél á quien la ley impone la obligación de repararlo; y como este silencio del legislador puede dar lugar á dudas y confusiones en la interpretación del artículo citado y en la resolución de las cuestiones relacionadas con su precepto, debemos, ante todo, exponer su recta inteligencia para evitar dicho resultado.

Esa omisión de la ley respecto de la culpa del tercero, ¿significa ó quiere decir que en el caso de que provenga el daño de los actos de persona extraña, distínta del damnificado, no estará exento de responsabilidad el dueño, el poseedor ó el usuario del animal que lo causare?

Entendemos, que no ha sido esta la intención de los autores del Código, ni fué ese tampoco el propósito del legislador, bien claramente determinado en la ley de 11 de Mayo de 1888. En efecto, el espíritu del art. 1905 es bien perceptible, y explícito resulta de los propios término del mismo. Castígase en él la culpa ó negligencia del que, pudiendo y debiendo evitar las consecuencias del uso ó empleo de los animales, no lo evita por no adoptar los medios de previsión convenientes y adecuados á dicho fin, ó porque, aun adoptándolos, no pudo conseguirse dicho resultado, por deber imputarse á sí mismo el riesgo que puede sobrevenir de utilizarlos, toda vez que al valerse de ellos *acepta voluntariamente por ese hecho* las responsabilidad de las consecuencias que puedan derivarse de él.

En su virtud, siempre que el daño que se produzca sea una consecuencia propia y natural de la utilización del animal damni-

ficador, independiente de toda intervención extraña ó de cualquiera otra causa no imputable al poseedor ó al que hace uso de él, deben éstos soportar dicha consecuencia reparando el daño causado, hubiera ó no negligencia ó falta de cuidado, porque al tener en su poder dicho animal, ó al usarle, ya sabían á lo que podían exponerse.

Pero no existe la misma razón cuando el daño proviene de fuerza mayor ó de actos de un tercero que el poseedor ó el usuario del animal no podría prever ó evitar. En ambos casos, el responsable de los actos del animal puso realmente de su parte cuanto era dable para prevenir el riesgo propio del empleo del mismo; y, si sobrevino el daño, no fué por culpa ó negligencia suya, sino á pesar de su diligencia y cuidado.

En su consecuencia, si pudo prever ó evitar los actos del tercero, determinantes del daño, y no los previó ni evitó, entonces no habría duda ninguna y habría de responder necesariamente de las consecuencias producidas por su imprevisión ó negligencia; pero si los actos del tercero fueran de tal naturaleza que no pudiesen ser previstos ó no estuviera en los medios del poseedor ó usuario el evitarlos, el caso es igual al de la fuerza mayor; y siendo idéntica la razón de derecho en uno y otro caso, debería ser aplicable á ambos la exención de la responsabilidad consignada para el primero en el art. 1905 citado. En este sentido parece inspirarse una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Noviembre 1888; pero forzoso es reconocer que no todos entienden del mismo modo dicha cuestión y la opinión general se atiene más al texto literal del citado artículo.

No sucede lo mismo cuando el daño procede de culpa del damnificado, pues éste, al ejecutar los actos que lo motivaron ó que dan origen á él, acepta desde luego, *por voluntad implícita*, las consecuencias que los mismos pudieran producir. Por eso la prueba de dicho extremo, como la de la fuerza mayor, hace cesar la responsabilidad del resarcimiento conforme se establece expresa y preceptivamente en el art. 1905 tantas veces citado.

La razón de interés social antes expuesta, como fundamento

de la teoría de la equidad natural, es lo único que puede justificar que el dueño, el poseedor ó el mero usuario del animal, deba ser responsable de los daños causados por éste cuando proviene de actos realizados por un tercero; pero frente á ella están las consideraciones de justicia y de orden moral, que aconsejan eximir de responsabilidad á aquéllos en los casos que hemos indicado, debiendo recaer toda ella sobre el extraño que dió origen al mal que ha de repararse.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la obligación que surje de los daños causados por los animales que están bajo el dominio ó la posesión de los hombres ó de que éstos pueden hacer uso, es decir, de la materia objeto del primero de los dos artículos que hemos agrupado para su examen. Pero aparte de ellos, la ley reconoce la posibilidad y aun la existencia de perjuicios producidos por animales que no están bajo la acción y el cuidado de los hombres, no pudiendo por este motivo impedir su realización, pero que en cierto modo pueden contribuir á que desaparezca la causa de tales daños, impidiendo la multiplicación ó reproducción de dichos animales ó no estorbando la persecución de los mismos por aquellos á quienes pueden perjudicar.

Nos referimos á los daños que suelen ocasionarse en las fincas inmediatas á una heredad de caza por los animales que en ellas se crían ó reproducen. Nuestra antigua legislación no contenía precepto alguno especial que diera solución al problema jurídico suscitado por la existencia de dichos daños y para resolver las cuestiones que originaba la lucha entre ambos derechos, el del propietario del vedado ó heredad de caza para dedicarla á dicho objeto y el de los propietarios inmediatos, para que se respetase la integridad de sus cosechas ó de los productos de sus fincas, había que estar á los principios generales del derecho más ó menos uniformemente aplicados por los Tribunales.

Para suplir esa deficiencia los autores del Código consignaron la regla establecida en el art. 1906, según la que el propietario de la heredad de caza responde de los daños causados por ésta en las fincas vecinas, pero no en todos los casos, sino cuan-

do no ejecuta lo necesario para impedir su multiplicación ó dificulta por su parte la acción de los dueños de las fincas damnificadas para perseguirla.

Podrá tal vez censurarse por alguien que la ley no haya sido consecuente con el principio adoptado, por no imponer la responsabilidad en todos los casos, siendo así que el daño en cierto modo proviene de la voluntad de aquel que para su recreo ó por especulación destina á heredad de caza su propiedad, sabiendo que por consecuencia de la reproducción de la misma han de hallarse expuestas á daños las fincas inmediatas; y puesto que él recibe el beneficio ó el provecho de la multiplicación de la caza, debiera sufrir el perjuicio que en todo evento podría sobrevenir por tal motivo. Pero si bien á primera vista parece que dicha razón se funda en un principio de equidad indiscutible, la detenida reflexión sobre ella convence desde luego del error de que adolecería dicha impugnación, pues la ley no ha podido dejar de tener en cuenta otra consideración especialísima que concurre en esta materia, cual es que la cría de los animales de caza en los montes, y demás fincas rústicas en que se produce, tiene lugar ordinariamente, y en la generalidad de los casos, sin intención é independientemente de la voluntad del propietario, no tratándose de propiedades especialmente destinadas á ello, y, por consiguiente, el peligro ó la eventualidad de los perjuicios ocasionados por dichos animales, constituye un riesgo propio y natural de las fincas próximas á los montes, bosques, sotos y demás sitios donde se produce la caza, cuyo riesgo es aceptado voluntariamente por los dueños de las indicadas fincas por el mero hecho de adquirirlas.

No siendo, pues, un mal que provenga exclusivamente de la voluntad del propietario de la heredad de caza la producción natural y la cría ordinaria de ésta, no hay razón para hacerle responsable en todo caso; lo que si implica culpa por su parte es el no poner los medios para impedir la multiplicación, ó el dificultar la acción de los dueños de las fincas vecinas para perseguirla, pues aumentándose y facilitándose entonces la reproducción,

por consecuencia de su negligencia en el primer caso ó por su oposición en el segundo, es indudable que con ello ha de aumentar el peligro ó el riesgo de esos daños; y dependiendo esto de su voluntad, debe sufrir las consecuencias reparando el mal que por tal motivo se ocasionare.

Por eso la ley ha limitado á dichos casos la responsabilidad del propietario de la heredad de caza, cuyo precepto no puede menos de estimarse justo, porque si bien á dicho propietario corresponde el derecho de destinar su propiedad á los fines que tenga por conveniente, ese derecho se halla condicionado, como todos, por el de los demás dueños de los predios colindantes, y su esfera de acción no puede traspasar los límites en que ya se ocasione perjuicio á los demás.

La disposición de que nos ocupamos, es, pues, altamente favorecedora de la propiedad rústica en cuanto tiende á hacer respetar el derecho de los colindantes, reparándoles é indemnizándoles los perjuicios que se les cause, y además se halla dentro del concepto general de la indemnización y del principio sancionado en el art. 1902. Con ella se ha venido á subsanar las deficiencias de la ley de caza, cuyas prescripciones no bastaban para hacer respetar el derecho antes indicado.

Sin embargo, ha sido censurada por algún autor, que la considera perjudicial, porque, á su juicio, en vez de solucionar la dificultad ó el problema de los daños causados por los animales de caza en las tierras colindantes á los sotos, montes y demás propiedades destinadas á su cría ó propagación, viene á aumentar la confusión con las peculiares limitaciones de sus términos, y á crear verdaderos conflictos por ser contrarias al interés del dueño de éstas, tanto la obligación implícitamente impuesta de cooperar por su parte á impedir la reproducción, como la de no dificultar la persecución por los propietarios colindantes: dificultades que, en opinión de dicho autor, pueden llegar á ser insuperables por no expresarse los términos en que debe entenderse esa cooperación, los medios, modos y formas en que debe realizarse, y las circunstancias ó condiciones en que debe lle-

varse á efecto, lo cual impedirá apreciar en la mayoría de los casos, si el dueño de la heredad de caza hizo ó no todo lo necesario para impedir la multiplicación ó reproducción de los citados animales, ni si dificultó ó no la persecución por parte de los colindantes.

Reconocemos que el laconismo de la disposición consignada en el art. 1906 puede dar lugar á alguna de las dificultades expuestas por dicho autor, pero la ley no puede descender al causismo y detalle que en otro caso sería preciso, limitándose á establecer la regla y el concepto de dicha responsabilidad; y si en su aplicación pueden suscitarse ú ofrecerse dudas, éstas deben fácilmente resolverse por los principios generales del derecho, y en último caso, el prudente criterio de los Tribunales es el llamado á dar la justa solución. Por otra parte, la reglamentación de los medios para la persecución y para impedir la multiplicación es materia propia más que del Código civil, de la ley de Caza y demás disposiciones reglamentarias, puramente administrativas que regulen su ejercicio.

II. *Concordancias.*—El art. 1905 concuerda con el 1385 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1154 del de Italia, con el 2278 del de Guatemala, con el 2326 del de Chile, con el 1289 y 1290 del del Uruguay, con el 1320 del de Austria, con el 1653 del de Veracruz-Llave, con el 2031 del de la Luisiana, con el 1040 del de Vaud, con el 1480 del de la Baja California, con el 1596 del de Méjico, con el 1404 del de Holanda y con el 1124 y 1125 del de la República Argentina.

El art. 1906 no tiene precedentes ni concordancia alguna en los Códigos extranjeros, y ya hemos dicho que su precepto es nuevo en nuestro derecho.

ARTÍCULO 1907

El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo ó parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.

ARTÍCULO 1908

Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos á las personas ó á las propiedades.

3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.

4.º Por las emanaciones de cloacas ó depósitos de materias infectantes, construídos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.

ARTÍCULO 1909

Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, ó en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.

I. *Fundamento ó razón jurídica de estos preceptos.*—En estos tres artículos se establecen las reglas por las cuales se rige la obligación de reparar los daños causados por los edificios ruinosos, ó por la industria en ellos ejercida, ó por el uso á que se hallaren destinados, así como por las malas condiciones de los mismos. En los dos primeros de dichos artículos se sanciona la regla general, por la cual se impone al dueño del edificio que da ocasión al daño la obligación de repararlo, y en el último se autoriza una excepción, cuya justicia es de todo punto evidente.

Según el Código, la responsabilidad del dueño de un edificio puede proceder de dos conceptos ó motivos distintos: uno, la ruina total ó parcial de dicho edificio motivada por la falta de las necesarias reparaciones, y otro, independiente de dicha causa, ó sea por el destino que se le diere, ó por las malas condicio-

nes del mismo. Y puesto que dichos conceptos se encuentran en circunstancias distintas, aunque la razón jurídica de la obligación sea la misma, habremos de ocuparnos de ellos con la debida separación.

a) Daños causados por la ruina de un edificio.—Más preciso nuestro Código que alguno de los que le precedieron, ha tenido buen cuidado de expresar que no es necesaria la ruina total del edificio para que se incurra en la responsabilidad establecida por dicha causa, evitando así las dudas que suscitó la inteligencia del precepto correspondiente en aquellos Códigos que, como el italiano, omitieron dicha expresión (1). La razón de derecho y el fundamento de la obligación, son los mismos en el caso de la ruina total que en el de la parcial, pues desde luego se comprende que por la destrucción de parte del edificio pueden producirse daños y perjuicios del mismo modo que por la de todo él. Por eso nuestro Código en su art. 1907 impone esta especial responsabilidad en ambos casos.

Pero no basta la ruina de todo ó parte del edificio para que nazca la obligación de reparar el daño causado con tal motivo, sino que es preciso además para tal efecto que la ruina del mismo, total ó parcial, haya sobrevenido por falta de las reparaciones necesarias. Es decir, que el caso fortuíto exime, y la responsabilidad sólo proviene de la existencia de la culpa ó negligencia que implica la omisión ó la falta de ejecución de las reparaciones debidas; esto es, de las necesarias para evitar dicha ruina.

Los autores extranjeros, principalmente los italianos, discuten acerca del fundamento de esta responsabilidad impuesta por la ley á los propietarios de los edificios en caso de ruina por el motivo citado. Unos entienden que la obligación de reparar se funda en una presunción absoluta de culpa, ó sea en una culpa presunta *juris et de jure,* si bien admiten la prueba del caso fortuíto, siendo también de esta opinión algunos tratadistas franceses

(1) V. art. 1155 del Código civil de Italia.

como Larombière y Demolombe. Por el contrario, Giorgi afirma, que «no se trata de culpa presunta, sino de culpa que debe ser probada», en cuya virtud el damnificado tendría que probar la causa de la ruina. A su vez, esta teoría ha sido combatida por Barassi, quien sostiene que es equitativo que el propietario no responda más que por defecto de reparación ó por vicio en la construcción (1), pero que no debe indagarse si existe también un nexo lógico entre el defecto ó el vicio citados y la culpa del propietario, porque si tal indagación fuera permitida, entonces habría de consentirse al propietario para exculparse la prueba contraria ó la de que nada sabía de dicho defecto ó vicio, á pesar de la necesaria diligencia puesta de su parte, cuya prueba está negada en casi todos los Códigos, de lo cual deduce dicho autor que la obligación citada se funda en un concepto extraño á la culpa; y que el vicio de construcción ó la falta de reparación, *no son ya un medio para llegar á la génesis de la responsabilidad de la culpa, sino los límites que la ley impone al deber de garantía.*

Separándose de este criterio, Ferrini dice que la razón de dicha responsabilidad es que quien tiene la utilidad de una cosa, debe soportar el peligro y el daño por ella ocasionado, y añade: «Se podrá objetar que si tal fuese el motivo, debería hacerse extensivo en cuanto á las otras personas que disfrutan del edificio ó gozan, ó se valen de él; pero es fácil replicar que la limitación personal de la responsabilidad se deriva de la objetividad de las causas del daño determinadas por la ley: causas que, haciendo relación al origen mismo y á la vida del edificio, no se entiende que recaen más que sobre aquél que, teniendo la propiedad, y estando, por decirlo así, en contacto inmediato y duradero con la cosa, es en cierto modo el representante de ella». Esta teoría mantenida por Ferrini, fué aceptada y desenvuelta

(1) Es de advertir que el art. 1155 del Código civil italiano hace responsable al dueño del edificio, no sólo cuando la ruina tiene lugar por defecto de reparación, sino también en el caso de ser debida á vicio en la construcción.

en Francia por Josserand en su obra titulada *De la responsabilité du fait des choses inanimées.*

La jurisprudencia italiana nos presenta también diversidad de criterio respecto al fundamento de dicha obligación. El Tribunal de Luca en sentencia de 2 de Agosto de 1897 decidió que «para determinar la responsabilidad del propietario del edificio por los daños causados por la ruina del mismo, se requiere por parte del perjudicado la prueba de que el propietario *conocía el mal estado* en que el edificio se encontraba, y que era habitualmente negligente en la reparación de sus establecimientos». Pero esta máxima, implícitamente negada por la jurisprudencia dominante, fué expresamente condenada por los Tribunales de Apelación de Roma en sentencia de 9 de Octubre del mismo año 1897, de Venecia en otra de 19 de Abril de 1898 y de Milán en 22 de Diciembre de 1896.

Nuestro Código no impone al dueño la obligación de reparar el daño cuando éste resulta por defecto de construcción, pues como veremos más adelante, en dicho caso el damnificado sólo tiene acción contra el arquitecto, ó en su caso, contra el constructor; pero aun limitada la responsabilidad á la falta de las reparaciones debidas, no es absoluta la misma, sino que como tiene declarado el Tribunal Supremo, es admisible la prueba en contrario.

La disposición del art. 1907, que establece la regla general en los casos de daños producidos por ruina de edificios, concuerda sustancialmente con la ley 12, tít. 32, de la Partida 3.ª, cuya doctrina ha venido á reproducir en su precepto, y tan conforme se halla éste con los principios que informan esta clase de obligaciones, que no puede suscitar duda alguna su inteligencia.

La única dificultad que podría ofrecerse ó el único punto controvertible, sería el relativo á la obligación de la prueba; es decir, si el propietario es el que debe probar el caso fortuito ó la diligencia debida, por existir una presunción *juris tantum de su culpa ó negligencia* derivada del hecho de haberse arruinado el

edificio, implicando éste, en todo caso, la falta de las reparaciones necesarias, ó si, por el contrario, al actor incumbe la prueba de dicho defecto.

El Código no ha dicho nada sobre ello, ni tenía para qué decirlo, remitiéndose con su silencio á las reglas generales sobre la prueba de las obligaciones, establecidas con anterioridad.

En nuestro derecho predominó siempre el principio inconcuso de derecho procesal *actore non probante reus est absolvendus*, sancionado en la ley 1.ª, tít. 14, de la Partida 3.ª, según el que debía probar el actor los hechos en que fundaba su demanda ó la acción que ejercitaba, siendo absuelto en otro caso el demandado. La jurisprudencia estuvo de acuerdo constantemente con dicha doctrina y son muchas las sentencias en que, con repetición, se ha declarado y mantenido esa máxima procesal. El Código civil, al fijar en cumplimiento de lo ordenado en la base 19 de la ley de 11 de Mayo de 1888, los principios reguladores de la prueba de las obligaciones, aceptó también dicho criterio, estableciendo en el art. 1214 el precepto general de que incumbe la prueba de las mismas al que reclama su cumplimiento; y en su virtud, reclamándose por el damnificado la efectividad de una obligación derivada del hecho del daño causado, y no existiendo disposición alguna especial que reglamente en modo distinto la prueba en dicho caso, hay que estar á la regla general citada, y con arreglo á ella, habrá de probar el actor la existencia de la obligación que demanda, ó sea el hecho del daño y la causa del mismo; es decir, la ruina del edificio por la falta de reparación, que es lo que da origen á dicha obligación y lo que constituye la causa determinante de la responsabilidad impuesta.

Á su vez, con arreglo á la citada doctrina, el demandado debe probar su excepción, que es la falta de culpa por su parte, puesto que, aun cuando consiste en una negativa, dicha excepción se funda en una afirmación ó en un hecho positivo, *cuya existencia afirma,* y conforme con dicho criterio, el propietario del edificio cuya ruina produjo el daño objeto de la reclamación del perjudicado, debe probar, para librarse de la obligación es-

tablecida por el art. 1907, que el hecho de la ruina no provino de falta de reparaciones, ya por haberse hecho oportunamente las que necesitaba el edificio, ó ya por no ser éstas necesarias en razón al buen estado de su conservación, extremos ambos que envuelven una afirmación, cada uno de ellos imponiendo al demandado la obligación de la prueba, porque ésta corresponde al que afirma, según doctrina unánimemente aceptada y reconocida por todos.

Esa necesidad de la prueba de la existencia ó realidad del daño por parte del que reclama la indemnización del mismo, para que se produzca la obligación de indemnizar, la ha sancionado constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con nuestras antiguas leyes, y también con posterioridad á la publicación del Código, como puede verse por las sentencias que en otra ocasión tenemos citadas. Pero no debe entenderse dicha obligación en términos tan absolutos, que se requiera la comprobación, no sólo de la existencia, sino hasta del alcance, extensión ó cuantía del perjuicio, pues la justificación de este segundo extremo, puede quedar reservada para el período de ejecución de sentencia. Por el contrario, la del primero ha de hacerse necesariamente dentro del juicio y sólo en él y una vez terminado el mismo, es de todo punto imposible la ejecución de dicha prueba; no basta para eximir de ese deber, el que la obligación cuyo cumplimiento se reclama, se derive de los preceptos de la ley sustantiva civil.

Así lo tiene declarado dicho Supremo Tribunal en sentencia de 7 de Febrero de 1905, según la que incide en error de derecho la sentencia que sin probarse, ó sin intentarse siquiera tal prueba, condena al resarcimiento; en cuya sentencia, se establece la doctrina de que «para condenar por consecuencia de un juicio á la indemnización de daños y perjuicios, es preciso que se justifique *en él* la existencia real de los mismos, aun cuando no se determine de modo concreto su alcance y quede este extremo para fijarlo en la ejecución de la sentencia; no bastando que de los preceptos del derecho sustantivo se derive la obliga-

ción, porque cuando no se trata de una obligación penal de ineludible aplicación, cabe que, no obstante el incumplimiento de un precepto legal ó la realización de un acto de culpa ó negligencia, no se irrogue perjuicio alguno, en cuyo caso falta uno de los elementos precisos para la realidad del derecho, siendo esta la razón que ha tenido este Tribunal Supremo para declarar repetidamente la necesidad en que se encuentra quien los reclama, de justificar, no sólo su derecho, sino el hecho de la efectividad del daño, lo mismo en los contratos civiles que en los mercantiles».

El dueño que, en virtud de la obligación impuesta por el citado art. 1907, repara el daño causado por la ruina de un edificio de su propiedad, ¿tendrá derecho á reintegrarse de alguien de lo que hubiere satisfecho por tal concepto? El artículo que examinamos no lo dice, ni ninguno de los del presente capítulo contiene precepto alguno sobre ello, pero de ese silencio de la ley no debe deducirse la absoluta carencia de acción para dicho reintegro.

En efecto: el art. 1907, hay que entenderlo en relación con el párrafo 3.º del 1559 y con la disposición general y amplísima del 1902. Según el primero de ellos, el propietario podrá repetir contra el arrendatario, si estuviese arrendada la finca, y éste no pusiere en conocimiento de aquél, en el más breve plazo posible, la necesidad de las reparaciones precisas para conservarlas en estado de servir para el uso á que se hallase destinada; pues en dicho caso, será responsable el arrendatario de los daños y perjuicios, que se ocasionaren al propietario por la falta de aviso, y de sus consecuencias, entre las cuales necesaria é indudablemente debe contarse la indemnización que hubiere tenido que satisfacer al perjudicado por los daños que resultaren de la ruina total ó parcial del edificio arrendado. Así resulta del precepto contenido en la disposición legal citada, la cual está de acuerdo en este punto con lo que disponía la ley 7.ª, tít. 8.º, de la Partida 5.ª Resulta, pues, que la falta de noticia ó la ignorancia de la necesidad de las reparaciones, no exime al propie-

tario de la obligación de reparar los daños de que nos ocupamos, pero le da derecho para repetir contra el arrendatario que omitió el aviso necesario, y como no es motivo de exención la falta de éste ó la ignorancia de la necesidad de las reparaciones por ella motivada, no puede alegar como excepción dicha ignorancia, ni tiene, por tanto, que probarla en el pleito promovido por el damnificado.

Además, si la falta de reparaciones determinante de la ruina total ó parcial del edificio, dependió, no de la voluntad del propietario, sino de un tercero, como por ejemplo, si no se ejecutaron dichas reparaciones con la prontitud debida, ó si dejaron de hacerse por culpa de la persona á quien se encomendara oportunamente su ejecución, dándose con ello ocasión á que sobreviniera por tal motivo la ruina, en dicho caso, como en todos los semejantes ó análogos, podrá repetir contra el que dió ocasión al daño con arreglo al principio consignado en el art. 1902.

b) Daños producidos por los edificios por causas independientes de su ruina.—Hemos dicho, que á más de los daños ocasionados por la ruina de los edificios, pueden producirse otros con independencia de dicha causa y con motivo del uso á que se destinen, ó de las condiciones de los mismos. En efecto, si el edificio estuviese destinado, por ejemplo, á una explotación industrial, ó por cualquier otro motivo hubiera maquinaria instalada en él, ó sustancias explosivas depositadas, é hicieran explosión todas ó alguna de las máquinas que en el edificio hubieren, ó se inflamasen las sustancias explosivas citadas, podrían ocasionarse daños y perjuicios que tendría que reparar el dueño del edificio, si la explosión se debió á que las máquinas no hubieran sido cuidadas con la debida diligencia, ó si la inflamación de las materias indicadas fué motivada por no estar colocadas en lugar seguro y adecuado. Además, si por el destino que se diera al edificio, hiciera humos excesivos hasta el punto de que fueran nocivos á las personas ó á las propiedades, también habría que indemnizar los perjuicios ó daños que con tal motivo se causaran á tercero. Si se tratase de una finca en que hubiera arbolado en sitios

de tránsito, y se ocasionaran daños por la caída de los mismos, habría igualmente que repararlos, siempre que la caída no fuese motivada por fuerza mayor. Y si el edificio tuviera cloacas ó depósitos de materias infectantes que produjeran emanaciones perjudiciales, por no estar construídas unas y otros con las precauciones adecuadas al lugar en que se hallaren, del mismo modo habría que responder de esos daños causados, como los anteriores, sin voluntad ni culpa del que los sufre.

A todos estos casos se refiere el art. 1908, segundo de los que examinamos en el presente comentario, cuyo artículo impone indistintamente al propietario la responsabilidad de la reparación de los daños producidos respectivamente en cada uno de ellos.

Respondiendo dicho artículo al principio general que informa la materia objeto de este capítulo, de que aquél que cause á otro un daño por acción ú omisión, mediando culpa ó negligencia, debe repararlo, enumera algunos casos que pueden dar lugar á dicha reparación; pero debemos advertir que no son los únicos, y que la cita de los cuatro expresamente consignados en el referido artículo sólo está hecha *demostrationis causa;* y en su virtud, en todos aquellos otros que puedan suscitarse en la práctica, y en que exista la misma razón fundamental, habrá lugar á la reparación, porque ésta no depende de la expresión en la ley de las causas que la motivó, sino del principio esencial que antes hemos dicho, y por consiguiente, no puede dejar de haber lugar á ella porque los casos ó sus causas no figuren en el Código.

Esta es la opinión general de los tratadistas, y lo contrario resultaría una injusticia irritante y un desconocimiento de los derechos de los perjudicados, falto de toda razón jurídica.

En cuanto al fundamento de esta responsabilidad impuesta al dueño del edificio, no puede ofrecerse duda alguna, pues en todos los casos citados, la causa del daño producido es una omisión ó negligencia por parte del mismo. Así es que la obligación de indemnizar en el primer caso de los expuestos en el citado artículo, proviene de la falta de diligencia en el cuidado de

las máquinas que hicieran explosión, ó de la falta de previsión en la colocación y conservación de las materias explosivas que se inflamaren, que revela el hecho de estar colocadas en lugares que no tuvieren la seguridad necesaria ó que no fueren adecuados para ello. En el segundo de dichos casos, el motivo ó la causa de la responsabilidad, es la omisión del cuidado debido para evitar que los humos producidos por la industria, ó por el uso á que se dedicare el edificio, perjudiquen á las personas ó propiedades extrañas; en el tercero, la misma omisión en la previsora vigilancia que el propietario debe ejercer sobre el arbolado para impedir que pueda caer y ocasionar daños y perjuicios en su caída; y en el cuarto, el no haberse adoptado las precauciones necesarias en la construcción de las cloacas y depósitos á que dicho caso se refiere, dándose con ello ocasión á las emanaciones nocivas, ó el haberse omitido las reparaciones necesarias para evitarlas ó impedirlas.

Todos estos hechos ú omisiones, determinantes de la responsabilidad indicada, son perjudiciales unos á los vecinos y transeuntes y contrarios otros á la salud pública, y en su virtud, aunque por algunos se ha creído que caían más directamente bajo la acción de las disposiciones administrativas ó de policía, el Código ha hecho bien en comprender su sanción en el Código civil, imponiendo la obligación de reparar á los que por alguno de dichos modos, directa ó indirectamente, obran en perjuicio de tercero ó del público interés, en lo que no ha hecho otra cosa que proceder lógicamente á la aplicación del principio que sirve de fundamento á la teoría de las obligaciones nacidas de la culpa ó de la negligencia.

La disposición, pues, del artículo citado, es de buen sentido y obedece á principios de equidad y aun de justicia, sustentados ya en lo antiguo, pues tiene su precedente en el Derecho romano, especialmente en la conocida ley del Digesto *damni infecti,* por la que se daba la caución de su nombre.

II. *Excepción de la regla general antes citada.*—Los arts. 1907 y 1908, siguiendo á la mayoría de los Códigos extranjeros, im-

ponen, como regla general, al propietario del edificio la obligación de reparar los daños causados, ya por la ruina total ó parcial del mismo, ya por las demás causas que hemos indicado; pero nuestro derecho, lo mismo el antiguo que el moderno, procediendo más justamente que otras legislaciones, ha dispensado al dueño de las consecuencias de la falta determinante del perjuicio, eximiéndole de toda responsabilidad cuando la causa del daño producido en los diversos casos citados proviene de defecto de construcción, pues si bien el propietario de la edificación hecha tiene el deber de procurar que ésta se lleve á efecto con arreglo á arte y en condiciones que eviten tales daños, por un motivo de equidad muy atendible hay que imputar la responsabilidad consiguiente á la persona idónea en quien decline ese deber ó á quien se encomiende la función directora de la construcción.

La razón es obvia, pues necesitándose para ello conocimientos técnicos, de que ordinariamente suele carecer el dueño, aquella persona cuyos servicios facultativos se utilicen, es la que debe responder de la falta de previsión, de la negligencia ó de la culpa, motivadas por la falta de adopción de las precauciones debidas ó por los defectos de la construcción.

Conforme con ella la ley 21 del tít. 32 de la Partida 3.ª, imponía esta responsabilidad á los arquitectos y constructores si en el término de quince años se arruinaba la obra construída por ellos ó bajo su dirección, salvo el caso de que la ruina proviniera de fuerza mayor.

El Código civil, en su art. 1591, redujo dicho plazo á diez años, contados desde que concluyó la construcción, por lo que se refiere á los contratistas, cuando la ruina depende de vicios de construcción, y limitó la responsabilidad de los arquitectos al caso en que dicha ruina se deba á vicio del suelo ó de la dirección, durando dicha responsabilidad el mismo tiempo.

En correlación con ese artículo debe entenderse el 1909, toda vez que es una aplicación de dicho precepto, por virtud del cual se exime de responsabilidad en dicho caso al propietario

del edificio damnificador, imponiéndola al arquitecto ó al constructor, en su caso, si la ruina ocurriese en los diez años fijados como término de la misma, siendo una consecuencia lógica de ello el que el tercero que sufra el daño sólo pueda tener acción contra dichos responsables dentro del tiempo legal, pues si durante él deben responder esas distintas personas, á ellas y no al dueño es á quienes debe acudir el perjudicado. Por el contrario, si la ruina sobreviene después de los diez años siguientes á la terminación de la construcción, la excepción del artículo citado dejará de tener aplicación y habrá de estarse á la norma establecida en los dos anteriores.

No todos los Códigos lo han entendido de la misma manera, pues el francés y el belga, en sus arts. 1386, hacen extensiva la responsabilidad al dueño del edificio arruinado aun en el caso de que la ruina provenga de defecto de construcción. Lo mismo disponen el art. 1041 del de Vaud, el 1340 del de Holanda, el 1134 del de la República Argentina y el 2302 del de la Luisiana, é igual precepto sancionaban, antes de la unificación del derecho italiano, el art. 1504 del Código sardo y el 1405 del napolitano. Sin embargo, resulta mucho más justa y equitativa la disposición de nuestro art. 1909, toda vez que, según el 1591, han de responder de la solidez de la obra el constructor ó contratista, y el arquitecto en su caso.

III. *Concordancias.*—El art. 1907 concuerda con el ya citado 1836 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1155 del de Italia, con el 1288 del del Uruguay, con el 1654 del de Veracruz-Llave, con el 1592 del de Méjico, con el 1476 del de la Baja California, con el 2281 del de Guatemala, con el 1041 del de Vaud, con el 2395 del de Portugal, con el 2302 del de la Luisiana, con el 2323 del de Chile, con el 1405 del de Holanda y con otros varios.

A su vez, el art. 1908 concuerda con el 2398 del Código de Portugal, con el 1133 del de la República Argentina, con el 1595 del de Méjico, con el 1479 del de la Baja California y con algún otro, pues sus concordancias concretas son bien escasas.

En cuanto al art. 1909, ya hemos dicho que preceptúan lo contrario los Códigos de Francia, Bélgica, Holanda, República Argentina, Vaud y la Luisiana, pero coinciden con su precepto el art. 1288 del del Uruguay ý el 2324 del de Chile.

ARTÍCULO 1910

El cabeza de familia que habita una casa ó parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaren ó cayeren de la misma.

La disposición contenida en este artículo tiene sus precedentes en el Derecho romano en el párrafo 1.° del tít. 5.°, libro 4.° de la Instituta, y en la legislación de Castilla en las leyes 25 y 26 del tít. 15 de la Partida 7.ª, la primera de las cuales se refería á las cosas arrojadas desde las casas á fuera, y la segunda á los daños que pudieran ocasionarse por la caída ó malas condiciones en que estuvieren colocados los objetos colgados ante las puertas para indicar el ejercicio de alguna industria ó comercio.

Análogo precepto propuso el proyecto de Código de 1851, en su art. 1904, el cual separándose de la ley romana que imponía la responsabilidad del daño á todos los que morasen en la casa si no se supiese quien hubiera arrojado el objeto causante del daño, quien era en otro caso el único responsable, atendió ya al carácter ó condición de jefe de la familia, que es el criterio seguido por nuestro Código, obligando en toda ocasión á la reparación del daño al que habitase como principal la casa desde la cual hubieren caído las cosas que produjeran el perjuicio inferido.

El artículo que examinamos, individualizando más la responsabilidad, y relacionándola con el deber que el jefe de familia tiene de vigilar cuidadosamente los actos de los individuos que la forman, para evitar que con ellos por imprevisión ó por malicia causen daño ó perjuicio á los demás, hace responsable al cabeza de ella de los actos de dichos individuos, por la falta de cuidado que revela el que desde su casa llegue á arrojarse ob-

jetos que causen daño á los que puedan pasar por las inmediaciones de ella sin evitarlo, ya con sus amonestaciones y advertencias, ya por otros medios.

Concordancias. —Muy pocas son también las concordancias que este artículo tiene, pues las disposiciones relacionadas con sus preceptos se hallan comprendidas en las leyes de Policía, ó en las prescripciones del derecho penal. Sin embargo, algunas se encuentran en diversos Códigos y entre ellas podemos citar como las principales, las que tiene con el art. 1291 del Código del Uruguay, con el 2282 del de Guatemala, con el 2328 del de Chile, con el 1594 del de Méjico, con el 1318 del de Austria y con el 1119 del de la República Argentina.

TÍTULO XVII

DE LA CONCURRENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS

Es un principio fundamental, esencialísimo en materia de obligaciones, que el deudor ú obligado debe responder exactamente del cumplimiento de las mismas, y si así no lo hiciere, su falta de cumplimiento se traduce en una indemnización ó reparación al acreedor, que es consecuencia del sentido *patrimonial* de las obligaciones contractuales; reparación mediante la cual se hace efectiva la obligación en los bienes del deudor. Pero como puede ocurrir que éste hubiera contraído más obligaciones que las que pueden realizarse con el producto de la masa total de sus bienes, tendrían que quedar algunas incumplidas en todo ó en parte, ó podrían suscitarse choques y conflictos entre los derechos ó los créditos de unos y otros por la oposición de sus respectivos intereses, si la ley no estableciera previsoramente las reglas que han de regir la concurrencia y prelación de créditos y á las cuales deben someterse todos los acreedores para evitar las contiendas y litigios que en otro caso pudieran suscitarse en perjuicio de todos.

Tal es el objeto de las prescripciones del presente título, con las cuales ha venido á solucionar el Código muchas dificultades, evitando á los mismos acreedores no pocos perjuicios, y cumpliendo en beneficio de éstos, y aun del mismo deudor, una misión previsora de la ley, pues es lo cierto que pudiendo hallarse éste sin los medios necesarios para satisfacer íntegra y totalmente

sus compromisos, ante esa imposibilidad surje con las apremiantes exigencias de la realidad la concurrencia y el choque de los respectivos créditos y con ella la necesidad de establecer una graduación y un orden preciso y obligatorio para su pago.

Al establecer esas reglas, nuestro Código se ha apartado algún tanto del sistema seguido en muchos de los extranjeros, pues en la mayor parte de ellos queda relegada esta materia á las leyes procesales ó á especiales disposiciones, sin que entre las prescripciones sustantivas del derecho común se encuentren preceptos que la regulen con la debida amplitud.

En tres capítulos distintos agrupa dicho Código las disposiciones relacionadas con la concurrencia y prelación de créditos. En el primero se comprenden todas las prescripciones generales que por su común aplicación merecen constituir materia independiente con propia y especial reglamentación; el segundo á su vez está dedicado á la clasificación ó graduación de los diversos créditos concurrentes; y el tercero se ocupa del orden de prelación ó de la respectiva preferencia que para su pago debe establecerse.

Como desde luego se comprende por la enumeración hecha de la materia objeto de cada uno de los capítulos en que se divide el presente título, los autores del Código procuraron con especial cuidado comprender dentro de un sistema metódico y orgánico todas aquellas reglas precisas y adecuadas para dar solución á los distintos problemas que se derivan de la concurrencia. Y puesto que con las indicaciones hechas al principio, queda justificada plenamente la razón de método seguida por el Código, así como la conveniencia del presente título, pasemos desde luego al examen de cada uno de sus preceptos, prescidiendo por ahora de toda consideración sobre sus fundamentos, que en su lugar tendrán la explicación debida.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales.

Según hemos dicho antes, compréndense en este capítulo todas aquellas reglas que, por la especialidad de sus preceptos ó por la generalidad de su aplicación, constituyen la base de la teoría relativa á la materia objeto de nuestro actual examen. Esparcidas se hallaban muchas de ellas en disposiciones distintas de nuestro antiguo derecho, y al agruparlos el Código, estableciendo los principios esenciales que sirven de fundamento y base tanto á la clasificación como á la prelación, ha venido á facilitar grandemente el estudio y la solución de las difíciles cuestiones que entraña el concepto jurídico de la concurrencia de créditos.

Cierto es que algunas de dichas reglas acusan más propiamente un carácter procesal, pero esto no es razón para censurar el sistema seguido, pues es principio universalmente reconocido y aceptado, que á las leyes adjetivas deben preceder las sustantivas fijando y determinando los derechos y las obligaciones correlativas, cuyo desenvolvimiento y ejercicio en la vida jurídica corresponde al imperio de aquéllas. Y esto es lo que ha hecho el Código en el presente caso, estableciendo los principios á que han de ajustarse tanto el deudor como los acreedores cuando no pueda atenderse al cumplimiento normal de todas las obligaciones contraídas por aquél y dejando á la ley de Enjuiciamiento civil la reglamentación ó la forma de su práctica realización. No hay, pues, la invasión de la esfera procesal censurada por algunos expositores del derecho vigente.

ARTÍCULO 1911

Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor, con todos sus bienes presentes y futuros.

Consigna este artículo un principio que sancionado estaba en nuestra antigua legislación por la ley 1.ª del tít. 15 de la Partida 5.ª, y cuya inteligencia está al alcance de todos, pues viniendo obligado el deudor al cumplimiento de la obligación contraída, tiene que responder de ella en los términos que quedan indicados, porque las obligaciones se realizan, en caso de incumplimiento de las mismas, con los bienes de los deudores, aun cuando no hayan sido asociados expresamente á ellas. Y como mientras no se extinga totalmente el débito ó no se cumpla íntegramente la obligación, pesa sobre el deudor de ella el deber, no sólo moral, sino también jurídico, de cumplirla ó satisfacerla, es evidente que ha de responder de ella con todos sus bienes, lo mismo con los presentes que con los futuros que adquiera hasta la extinción de la deuda.

Por eso es general el precepto contenido en este artículo, y en todas las legislaciones se halla sancionado en una ú otra forma, pues constituye una consecuencia natural de la obligación que ha de ser cumplida.

Pero, á pesar de ese deber, puede ocurrir que el obligado no se halle en condiciones de poder cumplir todas las obligaciones contraídas, bien por haber disminuído sus medios de fortuna, bien por otra causa cualquiera, y para dicho caso establece la ley los recursos legales á que se refieren los dos artículos siguientes, en los que se sientan las normas jurídicas que han de seguirse en la concurrencia de créditos, cuando no hay facilidad ó posibilidad de satisfacerlos todos puntual ó íntegramente; la quita y espera en el primer caso, el concurso en el segundo.

Al examinar dichos artículos veremos en qué consiste cada uno de estos recursos legales, pues el objeto del presente se li-

mita á la declaración indicada, con cuya exposición queda hecho el comentario del mismo.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 2092 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1948 del de Italia, con el 2404 del de Veracruz-Llave, con el 2054 del de Méjico, con el 2384 del de Guatemala, con el 1928 del de la Baja California, con el 2565 del de Chile y con algunos otros.

ARTÍCULO 1912

El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, ó cualquiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la ley de Enjuiciamiento civil.

Concédese al deudor en este artículo el derecho de solicitar de sus acreedores quita ó espera de sus deudas, ó ambas cosas á la vez, como medio de evitar el concurso cuando, siendo varias las obligaciones ó débitos que tuviera, y poseyendo bienes bastantes para cubrirlos, no pudiera dar puntual satisfacción á todos ellos; y siendo este un derecho de orden civil de carácter sustantivo, corresponde al Código de dicho orden la declaración del mismo, por lo que debía ser consignado en él, aunque ya estuviera establecido en la de Enjuiciamiento civil, como consecuencia del régimen judiciario sancionado por ella, por corresponder al derecho procesal la reglamentación del ejercicio de dicho derecho.

Por eso el presente artículo se limita á establecer, como sustantivo que es, aunque con carácter puramente facultativo, ese derecho, dejando á la ley de Enjuiciamiento citada la determinación y virtualidad de los efectos jurídicos que surgen del ejercicio de esa facultad atribuída al deudor.

Es, pues, el presente un precepto de referencia en todo lo que no se contrae á la declaración de ese derecho, y, por lo tanto, debe estarse para la inteligencia del mismo á lo preceptuado

en el art. 1130 y demás de la sección primera del tít. 12 del libro 2.º de la ley procesal.

En la quita, el deudor solicita de sus acreedores la condonación de parte de sus respectivos créditos, y en la espera tan sólo se pretende un aplazamiento para el pago, en vez de hacerlo á la fecha del vencimiento de los mismos. Igual derecho concedieron las leyes 5.ª y 6.ª del tít. 15 de la Partida 5.ª, la primera de las cuales se refería á la espera, y la segunda á la quita, estableciéndose en ambas dicho recurso como un medio anterior al concurso ó al desamparo de los bienes, y con el fin de evitar éste.

Ese es el mismo carácter que hoy tiene, aunque el procedimiento para su utilización ha cambiado, habiéndose introducido en la sustanciación, por la vigente ley de Enjuiciamiento civil, algunas especiales modificaciones encaminadas á abreviar su tramitación y duración.

Para promover eficazmente dicho recurso, basta que el deudor deduzca su solicitud ante el Juez competente, acompañando á ella una relación nominal de todos sus acreedores, y otra circunstanciada y exacta de sus bienes, ambas con la expresión y en la forma que determina el art. 1130 de la citada ley, sin que á partir de la misma sea necesario acompañar la memoria, que las antiguas exigían, acerca de las causas que obligaban al deudor á presentarse en dicho estado, pues se le ha eximido de dicha obligación fundadamente, porque la quita y la espera no constituyen una verdadera presentación en concurso, y porque, en realidad, el conocimiento de dichas causas ó del resultado de la citada memoria, no es de necesidad ni de influencia para otorgar ó denegar lo pretendido.

Á fin de no traspasar los límites ni el carácter que deben tener estos comentarios, no exponemos la organización procesal de dicho recurso, ó lo relativo á la forma á que ha de ajustarse el ejercicio del derecho concedido al deudor en el presente artículo; pero como complemento del mismo puede verse lo establecido en los arts. 1130 al 1155, ambos inclusive, de la ley de

Enjuiciamiento antes citada, en la que se regula la sustanciación de dichas pretensiones.

Por la razón antes indicada de haber dejado casi todos los Códigos, á las leyes especiales ó procesales, la declaración de ese derecho, no se encuentran concordancias de este artículo en los mismos.

ARTÍCULO 1913

El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida.

La presentación del deudor en concurso puede ser potestativa ú obligatoria. La primera tiene lugar cuando espontáneamente convoca aquél á sus acreedores, promoviendo dicho juicio y cediendo todos sus bienes para que éstos se hagan pago con ellos de sus respectivos créditos, y es obligatoria dicha presentación cuando la ley la impone con dicho carácter. Esto sucede cuando el pasivo del deudor fuese mayor que el activo y hubiere dejado de pagar sus obligaciones corrientes, y ese es el caso á que se refiere el presente artículo, el cual, como veremos más adelante, impone al deudor de una manera preceptiva la obligación de presentarse ó constituirse en tal estado cuando concurrieren dichas circunstancias, tan pronto como le fuere conocida aquella situación.

La ley de Enjuiciamiento civil clasifica los juicios de concurso en voluntarios ó necesarios, según que los promueva el deudor ó se incoen á instancia de los acreedores ó de cualquiera de ellos (1); pero no se crea por esto que al arbitrio de aquél queda en todo caso la utilización de este recurso cuando no le es fácil cumplir puntualmente todas sus obligaciones, pues nuestro Código, apartándose en esto de otros Cuerpos legales, no concede al deudor la facultad de presentarse ó no en concurso, sino

(1) V. el art 1156 de la ley.

que le obliga imperiosamente á ello y ni aun le permite acudir al más favorable remedio de la quita ó de la espera, cuando el importe de sus deudas es superior á los bienes con que cuente y haya dejado de pagar corrientemente sus obligaciones como consecuencia de ello.

Y no puede menos de ser así, porque si dependiese ó no de la voluntad del deudor el apelar á una ú otra forma, aparte de los perjuicios que á los acreedores podrían ocasionarse, se daría el contrasentido jurídico de hacer de igual condición al que teniendo bienes suficientes para hacer frente á todas sus obligaciones, no puede, sin embargo, satisfacerlas puntualmente por circunstancias puramente accidentales é independientes de su voluntad, y al que por su desacertada ó negligente gestión, por imprevisión ó por malicia, se ve en situación tal que no puede con sus bienes realizar todas las deudas. Para evitar esa injusta consecuencia, la ley impide al deudor, en este último caso, el que pueda aprovecharse del beneficio citado al amparo del art. 1912, subordinando la aplicación de su precepto al siguiente, el cual exige en dichas circunstancias la presentación en concurso, á cuya obligación no puede sustraerse el deudor bajo ningún pretexto.

Así se halla declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Febrero de 1905, en la que de una manera clara y precisa se estableció la doctrina de que «el derecho concedido al deudor por el art. 1912 del Código civil para solicitar de sus acreedores quita y espera de sus deudas, se halla subordinado al precepto del 1913 del propio Cuerpo legal, al establecer que cuando su pasivo fuese mayor que el activo y haya sobreseído en el pago de sus deudas corrientes, deberá presentarse en concurso, precepto que implica la imposibilidad en que se halla el deudor de utilizar aquel derecho desde la publicación del Código, una vez colocado en dicha situación».

No obstante la disposición precisa y terminante del artículo que examinamos, ¿podría excusarse la presentación en concurso voluntario y acogerse el deudor al beneficio de la quita y la es-

pera alegando que si la relación de los bienes que constituyen el activo es inferior al pasivo consiste en haberse padecido error en la valoración de dichos bienes? Así se pretendió en el caso en que recayó la sentencia citada.

Según ella, una señora había presentado escrito ante el Juzgado competente solicitando de sus acreedores quita y espera y acompañando con él una relación de sus bienes cuyo valor en junto ascendía á 100.000 pesetas, así como la relación de sus deudas importantes 400.000. En vista de esa diferencia, un acreedor suscitó incidente para que se declarase que dicha señora no podía acogerse al beneficio solicitado, y que por el contrario, procedía declararla en concurso, cuyas pretensiones prevalecieron en último término ante la Audiencia de Barcelona. Contra dicha sentencia recurrió en casación la solicitante, alegando, entre otros motivos, haberse padecido error al apreciarse un derecho de usufructo que formaba parte de los bienes del activo, pues valía más que la cantidad por la que se le había hecho figurar en el mismo, y el Tribunal Supremo, por dicha sentencia, declaró no haber lugar al recurso, fundándose en las consideraciones expuestas de la subordinación del precepto del artículo 1912 al 1913, que impone en todo caso la presentación en concurso del deudor cuando el pasivo del mismo es superior al importe de la relación de bienes por él presentada, y de la imposibilidad en que se halla de utilizar aquel derecho en tales circunstancias.

Cierto es que el Código no establece sanción alguna para el caso de que el deudor no cumpla el deber de presentarse en concurso impuesto en el citado art. 1913, en el supuesto á que el mismo se refiere; pero no por eso debe estimarse que queda su cumplimiento pendiente del arbitrio ó de la voluntad de aquél, pues la ley de Enjuiciamiento civil en su art. 1158, autoriza en dicho supuesto á los acreedores para instar la declaración del concurso necesario, acreditando que existen dos ó más ejecuciones pendientes y que no se ha encontrado en alguna de ellas bienes libres de otra responsabilidad conocidamente bastantes á

cubrir la cantidad que en la misma se reclame, ó que el deudor no cumplió en todo ó en parte el convenio de quita ó espera que hubiere celebrado con sus acreedores, en cuyo caso podrá ser declarado en concurso aunque no haya pendiente ninguna ejecución contra él, con arreglo á lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1155 de la misma ley procesal.

Ese derecho concedido á los acreedores para promover el juicio de concurso necesario del deudor, es estímulo suficiente para que éste se apresure á cumplir la obligación impuesta por el precepto que examinamos, para evitar las perjudiciales consecuencias que para él produciría el uso de aquel derecho, toda vez que su situación en el concurso necesario es peor que en el voluntario.

Limitado el objeto del presente artículo á la fijación ó establecimiento de la obligación citada, queda con lo expuesto suficientemente explicada la inteligencia del mismo, sin que á nuestro juicio pueda ofrecer dudas la disposición en él contenida.

Por la misma razón expuesta respecto del artículo anterior, no se encuentran concordancias de éste en los diversos Códigos extranjeros.

ARTÍCULO 1914

La declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda.

Será rehabilitado en sus derechos terminado el concurso, si de la calificación de éste no resultase causa que lo impida.

ARTÍCULO 1915

Por la declaración de concurso vencen todas las deudas á plazo del concursado.

Si llegaron á pagarse antes del tiempo prefijado en la obligación, sufrirán el descuento correspondiente al interés legal del dinero.

ARTÍCULO 1916

Desde la fecha de la declaración de concurso dejarán de devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance su respectiva garantía.

Si resultare remanente después de pagado el capital de deudas, se satisfarán los intereses, reducidos al tipo legal, salvo si el pactado fuere menor.

La declaración de concurso produce efectos de orden procesal y de orden sustantivo. Los procesales tienen su reglamentación conveniente ó adecuada en la ley de Enjuiciamiento civil, y los de orden sustantivo, puramente civil, producidos como consecuencia de dicha declaración, constituyen el objeto ó la materia propia de los tres artículos objeto de nuestro actual examen.

Dichos efectos, de carácter general todos ellos, son los siguientes:

1.º Incapacidad del concursado.

2.º Vencimiento de todas las obligaciones pendientes; y

3.º Cesación del devengo de intereses, excepto en los créditos hipotecarios y pignoraticios.

El primero de ellos tan conforme se halla con la naturaleza del juicio de concurso y tan propio es de la situación en que se constituye el deudor insolvente por consecuencia de la declaración de dicho estado, que en realidad nada tenemos que decir para justificarle, bastándonos tan solo exponer que por constituir una limitación de la capacidad jurídica en el orden civil, correspondía su expresión en el Código, á pesar de que la ley procesal la había establecido ya como una consecuencia precisa de la declaración de concurso.

Por virtud de ella queda *de derecho* inhabilitado el deudor para la administración de sus bienes, así como para cualquiera otra que por la ley le corresponda, y, apartándole *de hecho* de

aquélla, la ley de Enjuiciamiento civil ordena que en el mismo auto en que se le declare en tal estado se decrete el embargo y depósito de todos sus bienes, la ocupación de los libros y papeles propios del mismo y el nombramiento de depositario que se encargue de la conservación y administración de los bienes ocupados (1).

«El entredicho, como ha expuesto un autor, es, pues, absoluto; la incapacidad completa: no puede realizar gestión alguna sobre sus bienes, y si la realiza, es nula, por reputarse hecha en fraude de los acreedores. Su personalidad, con relación á cuanto se refiere al concurso, queda anulada y se transfiere á los síndicos, que son los representantes del mismo. Correspondiendo dicha representación, hasta el nombramiento de los síndicos, al depositario. Esto no tiene otro objeto que asegurar los bienes del deudor para atender con ellos al pago de los acreedores. En su virtud, corresponderá primero al depositario y después á los síndicos el ejercicio de todos los derechos y acciones correspondientes al concursado.»

La experiencia de los resultados ofrecidos por su propia y personal administración, justifica sobradamente la incapacidad previsora y prudentemente establecida por la ley, y puesto que en su lugar oportuno y en distintas ocasiones nos hemos ocupado de ello, no tenemos que insistir en su justificación. Pero esa inhabilitación del concursado no es absoluta, como desde luego se comprende, ni impide, por lo tanto, que se le rehabilite cuando desaparezcan las causas que la motivaron, pues no debe dársele mayor extensión que la estrictamente necesaria para el fin indicado. Así es que el deudor será justamente rehabilitado en sus derechos y volverá á adquirir íntegramente su capacidad una vez terminado el concurso, si de la calificación de éste no resultare causa que lo impida.

El segundo de los efectos que hemos indicado, como propios de la declaración de concurso, consiste en que por consecuencia

(1) Véase el art. 1173 de la ley de Enjuiciamiento civil.

de dicha declaración se reputan vencidas todas las deudas á plazo que estuvieren pendientes á la sazón, y si alguna de las contraídas en dicha forma hubiere sido pagada antes del tiempo prefijado para ello en la obligación correspondiente, ha de sufrir el descuento respectivo del interés legal del dinero.

Lo mismo dispone en su art. 1172 la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo precepto, por su carácter sustantivo, ha pasado íntegramente al Código civil con ligerísima variante en su redacción, que no afecta á la sustancia de su disposición. La razón jurídica de ésta es que en otro caso se concedería un beneficio injusto al acreedor que hubiere cobrado antes del vencimiento estipulado, y podría darse lugar á confabulaciones, perjudiciales á los demás acreedores, que la ley cuidadosamente ha procurado evitar.

Finalmente, es otro de los efectos generales derivados de toda declaración de concurso que por consecuencia de ella dejen de devengar interés desde su fecha todas las deudas del concursado, lo cual es obvio y fundado, pues si los bienes que constituyen el activo no alcanzan á cubrir el importe del pasivo, menos bastarán para el pago de los intereses que las deudas devenguen; y para que los acreedores no pretendan que se computen los réditos en el total de sus créditos, hace el art. 1916 la declaración indicada.

Sin embargo, como el mismo artículo demuestra con sus términos, esa cesación en el devengo de intereses, que constituye el efecto de que nos ocupamos, no es absoluta, pues no comprende á todos los créditos en general, sino que de ella se exceptúa, como no podía menos de exceputarse, por razón de la naturaleza de los mismos, á los créditos hipotecarios y pignoraticios, si bien esa excepción es puramente relativa, porque tan sólo llega hasta donde alcance su respectiva garantía. Es decir, que si se trata de un crédito hipotecario, podrá seguir devengando intereses hasta completar los garantizados con la hipoteca, con arreglo al art. 114 de la ley Hipotecaria, ó sean los de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente; y si

el crédito fuera pignoraticio, hasta donde llegue el valor de la prenda vendida en la forma que autoriza el art. 1872.

En cuanto al crédito hipotecario, lo preceptuado por el Código es consecuencia de la disposición de la ley citada, que excluye de los efectos del concurso y de la quiebra el crédito citado. Para él no hay la sumisión al juicio universal ni la acumulación al mismo, salvo el caso previsto en el art. 133 de la ley Hipotecaria, según reconoce y declara el art. 166 de la ley procesal. En su virtud, para todo aquello que cubre con su garantía la hipoteca, es como si no existiese el juicio universal, y seguirá devengándose el interés estipulado como si no hubiera sido declarado en concurso el deudor. Pero fuera de los correspondientes á los dos últimos años y á la parte vencida de la anualidad corriente, todos los demás intereses que hubiera de devengar el crédito no tendría derecho á reclamarlos en todo caso más que por acción personal, convirtiéndose, respecto de ellos, en un acreedor común, sujeto, por lo tanto, al concurso y á la prohibición general del devengo de intereses. Por eso limita la excepción en dicho caso el citado art. 1916 hasta donde alcance la garantía de su crédito, ó sea la especial hipotecaria.

Aunque la disposición citada es consecuencia, como hemos visto, de principios y preceptos sancionados por la ley Hipotecaria, declarados subsistentes por el art. 1880 del Código, no por eso huelga su expresión en dicho Cuerpo legal, pues de lo contrario, podría suponerse que el acreedor hipotecario tenía derecho á utilizar en todo tiempo el medio concedido, por el art. 115 de la citada ley, solicitando periódicamente ampliaciones sucesivas de la hipoteca por los intereses devengados, con lo cual vendría á dejar siempre á salvo, y con la cualidad preferente, todos los intereses de su crédito, á pesar de la declaración del concurso, cuyo derecho queda desvirtuado por dicha declaración, impidiendo tales ampliaciones, á partir de ella, que es el efecto que desde luego surte respecto de los créditos hipotecarios, y para hacerlo así constar, evitando dudas y cuestiones, necesaria era la consignación en la ley de dicha declaración.

Por lo que se refiere á los créditos pignoraticios, la excepción establecida se refiere al valor ó precio de la prenda, y es efecto de la facultad concedida al acreedor prendario por el artículo 1872 antes citado, para vender la cosa pignorada con objeto de hacerse pago con su producto, y aun para hacerse dueño de ella, aplicándola á dicho fin si no hubiera postor en las dos subastas que está obligado á celebrar.

Por consecuencia del contrato de prenda, el deudor entrega al acreedor pignoraticio la cosa dada en tal concepto para aplicar toda ella á la seguridad y efectividad del crédito prendario, y si bien no se desprende del dominio de la prenda, puesto que puede liberarla ó hacer suyo el sobrante del precio obtenido, si lo hubiera, sale, sí, de la disposición del mismo, y por lo tanto, no puede ser cedida como los demás bienes á los acreedores al presentarse en concurso. De aquí que el acreedor, en dicho caso, pueda seguir devengando intereses después de la declaración de ese estado; pero en cuanto á aquellos intereses que no cubran el producto de la venta, se encuentra en el mismo lugar que los acreedores comunes, quedando sujeto á la limitación ó prohibición establecida para ellos.

Mas en lo posible está que después de realizados el principal de los respectivos créditos y los intereses especialmente garantidos por la hipoteca ó la prenda, resulte algún remanente, y es de aplaudir la previsión que tuvieron los autores del Código al establecer para dicho caso la justa regla consignada en el párrafo 2.º del citado art. 1916, según la que serán satisfechos los intereses dejados de devengar, ó no hechos efectivos por tal motivo, reduciéndolos al tipo legal, salvo que el pactado fuere menor, en cuyo caso se abonará éste.

Tampoco tiene concordancias este artículo con los Códigos extranjeros.

ARTÍCULO 1917

Los convenios que el deudor y sus acreedores celebraren judicialmente, con las formalidades de la ley,

sobre la quita y espera, ó en el concurso, serán obligatorios para todos los concurrentes y para los que, citados y notificados en forma, no hubieren protestado en tiempo. Se exceptúan los acreedores que, teniendo derecho de abstenerse, hubiesen usado de él debidamente. Tienen derecho de abstenerse los acreedores comprendidos en los arts. 1922, 1923 y 1924.

ARTÍCULO 1918

Cuando el convenio de quita y espera se celebre con acreedores de una misma clase, será obligatorio para todos el acuerdo legal de la mayoría, sin perjuicio de la prelación respectiva de los créditos.

ARTÍCULO 1919

Si el deudor cumpliere el convenio, quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo; pero, si dejare de cumplirlo en todo ó en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo, y podrá cualquiera de ellos pedir la declaración ó continuación del concurso.

En estos tres artículos se regulan los efectos especiales del convenio celebrado por el deudor con sus acreedores, ya tenga lugar éste antes de la declaración de concurso, ya después de estar concursado dicho deudor; pues á uno y otro caso, se refieren los preceptos consignados en los mismos.

Así resulta de los propios términos de los dos primeros de los artículos citados, y así lo tiene declarado también el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Octubre de 1892. Por eso se hallan comprendidos en el cap. 1.º del presente título, ó sea entre las disposiciones generales relativas á la materia, exclusivo objeto del mismo.

Al examinar el art. 1912, vimos que el deudor que, contando con bienes bastantes para hacer frente á todas sus obligacio-

nes, no pudiera, sin embargo, satisfacerlas puntualmente, autorizado se halla por la ley para solicitar de sus acreedores, en la forma prevista por la de Enjuiciamiento civil, quita ó espera de sus deudas ó las dos cosas á la vez. Mediante dicha pretensión, y previos los trámites establecidos en los artículos 1130 á 1139 de dicha ley procesal, puede obtener, mediante el acuerdo unánime de sus acreedores, ó de la mayoría de número y cantidad preceptuada en la regla 6.ª del citado art. 1139, la reducción parcial de sus débitos ó el aplazamiento conveniente de su pago. Y ese mismo beneficio es otorgado igualmente por el primero de los preceptos que hemos agrupado en este comentario, á aquellos deudores que por ser mayor su pasivo que su activo fueren declarados en estado de concurso voluntario ó necesario, haciendo del mismo modo obligatorios, para los acreedores á quienes se refiere, los convenios que en uno y otro caso se celebraren, y atribuyéndoles idénticos efectos.

Esos efectos especiales del convenio celebrado dentro del juicio de concurso, ó antes de él, son tres, á saber:

1.º Sumisión al mismo de los acreedores no exceptuados expresamente por la ley.

2.º Reserva de la respectiva prelación cuando es llevado á efecto entre acreedores de una misma clase; y

3.º Extinción de las deudas ú obligaciones por consecuencia de su cumplimiento.

A cada uno de esos distintos efectos corresponden respectivamente y por su orden los artículos de cuyo examen nos ocupamos; y para la debida explicación de la inteligencia de dichos efectos, debemos proceder á su estudio con la debida separación.

a) Sumisión de los acreedores al convenio.—A este especial efecto del convenio se refiere el art. 1917, primero de los que nos corresponde estudiar ahora, y, como desde luego se observa, dos son las disposiciones que comprende. En la primera de ellas, se consigna una regla general útil y de buen sentido jurídico; y en la segunda, se establece una excepción equitativa y justa.

En efecto; con arreglo á dicho artículo, tanto los convenios aprobados en los autos de quita y espera, como los que lo fueren dentro del juicio universal de concurso, serán del mismo modo obligatorios para todos los acreedores concurrentes, y aun para los no concurrentes, que habiendo sido citados y notificados en forma no hubieren protestado en tiempo, con tal que se hubieren celebrado con las formalidades requeridas por la ley, cuyas formalidades son las prevenidas por la ley de Enjuiciamiento civil.

Según ella, convocada la junta para la discusión y aprobación de la proposición de convenio, y celebrada ésta en la forma dispuesta por los arts. 1137 al 1139 y 1312 de la ley procesal, si el acuerdo fuere favorable se notificará el mismo á los acreedores que no hubieren sido citados personalmente para la junta, si lo solicitare el deudor en tiempo, y transcurridos los plazos concedidos según los casos para su impugnación sin realizarlo, el Juez que conozca de las diligencias de quita y espera ó del juicio de concurso, llamará las actuaciones á la vista y dictará auto mandando llevar á efecto el convenio, y declarando que los interesados deben estar y pasar por él, en conformidad con cuya resolución acordará, también á instancia de parte legítima, las providencias que corresponda para su ejecución.

Esa sumisión de los acreedores al convenio, una vez mandado llevar á efecto, es la regla general fijada en la primera de las disposiciones sancionadas por el art. 1917. Pero dicha sumisión no es absoluta, pues la ley exceptúa de ella á determinados acreedores, y esa excepción es la establecida en la segunda de dichas disposiciones, ó sea en la segunda parte del citado artículo, según la que no es obligatorio el convenio para aquellos acreedores que, teniendo derecho de abstenerse de concurrir á la junta, hubiesen usado de él debidamente.

Conforme al art. 1140 de la ley de Enjuiciamiento civil, tenían derecho para abstenerse los acreedores por trabajo personal y alimentos, por gastos de funeral, ordenación de última voluntad y prevención de *abintestato* ó testamentaría, así como los

hipotecarios con hipoteca legal ó voluntaria; pero el Código civil ha extendido expresamente ese derecho á todos los comprendidos en los arts. 1922, 1923 y 1924 del mismo; es decir, á los singularmente privilegiados, á los meramente privilegiados y á los hipotecarios.

Todos éstos pueden abstenerse ó no de concurrir á la junta ó de tomar parte en la votación, puesto que el derecho concedido por la ley para ello es renunciable y meramente potestativo el uso de la facultad otorgada. Si se abstuvieren, no quedarán obligados á estar y pasar por lo acordado, pero aun cuando concurran á la junta é intervengan en la discusión, no por eso quedarán sujetos al convenio si no tomaron parte en la votación, pues lo que les somete al convenio no es la concurrencia á la junta, sino la intervención en la votación, hasta el punto de quedar obligados como los demás acreedores no exceptuados si votaron, aunque fuera en contra de la proposición de convenio. Véase, en confirmación de ello, lo dispuesto en los párrafos 2.º y 3.º del art. 1140 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyos términos claramente demuestran cuanto dejamos expuesto.

A esto es á lo que se refiere el mencionado artículo del Código, al exigir para la virtualidad de dicha excepción que los acreedores con derecho á abstenerse *hubieren usado de él debidamente*, ó lo que es lo mismo, que hubieren hecho uso de ese derecho en *tiempo* ó *dentro del término establecido para ello*. Ese término es hasta el momento de procederse á la votación, porque según se deduce del recto sentido del art. 1140 de la ley procesal, dichos acreedores pueden dejar de concurrir á la junta, ó concurriendo á ella, abstenerse de tomar parte en la votación.

No lo han entendido así todos, pues algunos pretenden que el acreedor exceptuado de la sumisión del convenio, por la naturaleza privilegiada de su crédito, está obligado á concurrir á la junta y á hacer uso en ella, con la protesta de su privilegio, del derecho de abstención concedido por la ley, bajo pena de incurrir, en otro caso, en la consiguiente pérdida del mismo. Tal opinión se sostuvo en pleito resuelto en casación por el Tribunal

Supremo en sentencia de 27 de Junio de 1900. En efecto; declarado en concurso necesario D. Galo Alonso, á instancia del Banco Agrícola, se promovió demanda por dicho Banco con la pretensión de que se declarase la nulidad de una escritura de hipoteca otorgada por el deudor y subsidiariamente que el acreedor hipotecario había incurrido en morosidad y en la pérdida de la prelación de su crédito por no haber presentado al concurso su título hipotecario *ni deducido reclamación alguna* antes ni después de la junta de reconocimiento y graduación de crédito.

Desestimada dicha demanda en segunda instancia, con revocación del fallo del Juzgado, se interpuso recurso por la sindicatura del concurso, alegando como infringido, por lo que se refiere á la cuestión de que nos ocupamos, el art. 1917 del Código, en el concepto de que al exceptuarse en él de la sumisión al convenio á los acreedores que, teniendo derecho á abtenerse, hubieren usado de él debidamente, bien claramente resulta que ese derecho de abstención sólo puede ser utilizado en las juntas sobre convenios, y ni en poco ni en mucho se refiere á todo el procedimiento ó á todos los actos propios de los concursos de acreedores. Pero el Tribunal Supremo, en la sentencia antes dicha, después de declarar que no cabe sostener que la morosidad á que se refieren los arts. 1278 y 1279 de la ley de Enjuiciamiento civil puede alcanzar á los acreedores hipotecarios, porque esto pugna con la prelación, trascendencia y efectos que á dichos créditos concede el art. 133 de la ley Hipotecaria y porque en dicho caso quedaría en rigor anulada la hipoteca ó privada en absoluto de eficacia por otro medio que el de su cancelación ó el de la prescripción de la acción hipotecaria, que son los que establece la ley especial en la materia, sienta la doctrina concerniente al motivo de casación citado, sosteniendo que á la tesis indicada no obsta la circunstancia de no haberse incoado por el acreedor hipotecario procedimiento alguno, porque esto es puramente accidental y no debe afectar á lo que constituye la naturaleza y esencia de un derecho preexistente y privilegiado, según la ley. Y tampoco podría obstar á dicha tesis, conforme á

la citada sentencia, la consideración de los supuestos perjuicios que pudieran irrogarse en otro caso á los demás acreedores, porque éstos, por la subrogación en el lugar del deudor, y representados por los síndicos, pueden ejercitar los derechos que tengan después de haberse hecho efectivo el suyo por el acreedor hipotecario.

En su virtud, tanto éste como los demás exceptuados de la sumisión al convenio, porque las circunstancias son idénticas, no necesitan promover reclamación alguna en la junta para dejar á salvo su derecho de abstención, pues por el contrario, pueden libremente dejar de concurrir á ella, y sólo en el caso de que asistan, será cuando tendrán que hacer uso de ese derecho, absteniéndose de tomar parte en la votación. Y así procede, conforme á los más elementales principios jurídicos, pues la ley no establece ninguna presunción *juris tantum* favorable á la sumisión, sino que, por el contrario, estima subsistente la excepción, y sólo en el caso de que concurra á la junta y tome parte en la votación el acreedor exceptuado, es cuando le declara sometido al convenio por la renuncia implícita de su derecho de abstención, derivada del hecho de intervenir con su voto en la deliberación de aquélla. La no asistencia á la junta, ó en el caso de asistir, la falta de cooperación en la votación, son para la ley actos ostensiblemente demostradores del ejercicio del derecho de abstención.

En cuanto á la impugnación y á la protesta que respectivamente pueden hacer los acreedores que, citados personalmente, no hubieren concurrido á la Junta, ó que, concurriendo, hubieren disentido y protestado contra el voto de la mayoría, y los que no fueron citados, pero si notificados del acuerdo, véase lo dispuesto para dichos casos en los arts. 1144 y siguientes de la ley procesal.

De las indicaciones precedentes resulta, como primer efecto del convenio celebrado por el deudor con sus acreedores, con las formalidades de la ley, la sumisión al convenio de los acreedores siguientes:

1.º Los no exceptuados por la ley que hubieren concurrido á la Junta en que fué aprobado.

2.º Los no exceptuados que, habiendo sido citados personalmente para ella, no hubieren concurrido, ó que, habiendo concurrido, disintieron del voto de la mayoría y protestaron contra él, si unos y otros no impugnaron el acuerdo favorable al deudor dentro de los diez días siguientes á la Junta.

3.º Los no exceptuados que no hubieren sido citados personalmente para la Junta si, habiéndoseles notificado el acuerdo favorable al convenio, no protestaren contra él ó no formularen la oportuna oposición dentro de los términos establecidos en los artículos 1146, 1147 y 1148 de la ley de Enjuiciamiento civil; y

4.º Los que, teniendo el derecho de abstenerse de concurrir á la Junta ó de tomar parte en la votación, dejaren de hacer uso de él debidamente.

Sin embargo de lo expuesto, cuando todos los acreedores del deudor son de una misma clase, el convenio que se celebre será obligatorio para todos; y la razón es obvia, pues no existiendo entonces órdenes distintos en cuanto á la condición jurídica de los mismos, no puede haber perjuicio alguno para ellos con la sumisión general al convenio, si bien en dicho caso habrá de quedar á salvo la prelación de sus créditos, como veremos más adelante.

b) Reserva de la respectiva prelación entre acreedores de una misma clase.—El convenio puede celebrarse con acreedores de clase distinta ó de una misma especie ó clase determinada. Para el primero de dichos casos rige la regla general que hemos expuesto anteriormente en este comentario, y para el segundo dispone el art. 1918 del Código que en dicho supuesto será obligatorio para todos el acuerdo legal de la mayoría, *sin perjuicio de la prelación respectiva de los créditos.*

El precepto de dicho artículo es racional y justo, no sólo en cuanto á la sumisión que impone á todos los acreedores de una misma especie, sino también en lo referente á la reserva de la prelación respectiva: en el primero de dichos extremos, por la

razón ya expuesta, de no poder haber perjuicio en ello para los acreedores, por ser igual la condición jurídica de todos ellos é idéntica la categoría en que la ley los estima y gradúa; y lo es, además, respecto á la indicada reserva, porque desde luego se comprende que, aun perteneciendo todos los créditos á una misma clase, puede haber preferencias de derecho entre ellos, en razón á la prioridad de su origen, como sucede, por ejemplo, entre los escriturarios, ó por otros motivos.

Esta reserva de la respectiva prelación es lo que constituye el segundo de los efectos especiales del convenio, y su justificación queda hecha con la sola consideración de que de no establecerla la ley, resultarían evidentemente perjudicados los derechos de los acreedores al perder la prelación que entre ellos les concede la ley. Es, pues, una razón de indiscutible justicia el fundamento de la reserva mencionada, y sobre ello no puede haber duda alguna.

Desde luego se comprende que la citada disposición no puede en modo alguno tener aplicación cuando el convenio se celebra con acreedores de diversa clase, pues entonces no existe la razón de su precepto, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de Abril y 11 de Mayo de 1894.

Por consecuencia de esa reserva, que, como efecto especial del convenio, sanciona la ley para el citado caso, los acreedores conservan su derecho para cobrar en el lugar que le corresponda por su título, á pesar de venir obligados todos al convenio, el cual no mitiga ni altera en lo más mínimo la prelación que entre sus créditos debe estimarse, con arreglo á la ley, por causas independientes de la común naturaleza de los mismos. Y como al solo fin de respetar esa necesaria y justa prelación responde la reserva de que nos ocupamos, así como el precepto que la establece, armonizando de ese modo la sumisión al convenio con los derechos al orden de prioridad establecido en favor de dichos acreedores, entendemos que no es necesario insistir más sobre ello.

c) *Extinción de las deudas del convenido.*—Este es el efecto

más importante del convenio. En él pueden establecer sin limitación alguna el deudor y los acreedores las estipulaciones que estimen oportunas ó que tengan como convenientes para sus intereses; y siendo obligatorias dichas estipulaciones para todas las personas sometidas al convenio, en virtud del acuerdo favorable al mismo, es indudable que el cumplimiento por el deudor de los pactos en él establecidos extingue por completo todas las responsabilidades derivadas de los créditos que son objeto del convenio. No desaparecen desde luego por consecuencia de éste las primitivas obligaciones, puesto que pueden surgir nuevamente con toda virtualidad y eficacia en el caso de incumplimiento; pero sí son sustituídas por otras durante el período de ejecución del convenio, cuya realización viene á hacerlas cesar por completo. Es decir, que desde que el convenio es firme, por haber recaído el auto mandando llevarlo á efecto y estar y pasar por él, hasta que vence el período de su ejecución ó cumplimiento, queda en suspenso la vida jurídica de los créditos á él sujetos, extinguiéndose ó restableciéndose en toda su fuerza obligatoria la efectividad de los mismos, según que el deudor cumpla ó no puntual y exactamente las obligaciones que en él contrajo. Si las cumple, quedarán extinguidos dichos créditos en los términos estipulados en el convenio, y si, por el contrario, dejare de cumplirlas en todo ó en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubieren percibido de sus respectivos créditos, según la primitiva cuantía de los mismos.

Pero aparte de ese derecho, consecuencia natural del incumplimiento del convenio, la ley faculta á los acreedores todos para pedir en este caso la declaración del concurso, si el convenio se hubiese adoptado en autos de quita y espera, ó para solicitar la continuación del juicio si se celebró después de la declaración de dicho estado, sin que se exija en el primero de ellos la concurrencia de ninguno de los requisitos que en otras circunstancias serían precisos para obtener dicha declaración. Así lo declaraba ya en su párrafo 2.º el art. 1155 de la ley de Enjuiciamiento civil en

el que se establece que «en este caso—en el del incumplimiento total ó parcial del convenio—podrá el deudor ser declarado en concurso necesario á instancia de los acreedores ó de cualquiera de ellos, *aunque no haya pendiente ninguna ejecución contra el mismo.*»

En su virtud, resulta que el Código, al consignar el precepto contenido en el art. 1919, vino á sancionar un derecho reconocido ya en el estado legal anterior á su publicación, pero cuya declaración correspondía por su carácter á la ley sustantiva, siendo ésta la causa de su expresión en el artículo citado.

En éste no se dice la clase de concurso en que haya de ser declarado el deudor, pero no era precisa su mención, puesto que limitado el voluntario á la presentación espontánea del concursado en dicho estado, es indudable que promovido á instancia de los acreedores tiene que ser el necesario, según la clasificación hecha por el art. 1156 de la ley procesal; aparte de que á ésta y no al Código, es á la que corresponde la determinación de las formas de todos los juicios y, por consiguiente, las del de concurso y los casos en que deben tener aplicación. Decimos esto aunque, en realidad, está fuera de los límites del comentario, para que se comprenda cuán infundada es la censura que se ha hecho por algún expositor del derecho moderno por la omisión indicada.

La disposición del citado art. 1919 es importantísima en cuanto garantiza ó tiende á garantizar el cumplimiento de lo convenido, dando á los acreedores un medio fácil y sencillo, no sólo para hacer efectivos los créditos no satisfechos, sino también para conseguir la efectividad del convenio, pues si la ley no estableciera sanción alguna para el caso de su incumplimiento, quedaría su ejecución sometida á la voluntad del deudor, pudiendo éste dejar de cumplirlo en perjuicio de los acreedores, mientras que con el derecho concedido á éstos para hacerle declarar en concurso necesario, ó para continuar el juicio en que se celebrare aquél, buen cuidado tendrá el deudor de cumplirlo para ahorrarse las onerosas consecuencias que habría de tener

para él en otro caso el ejercicio de ese derecho. Constituye pues, ese precepto una sanción sumamente conveniente y provechosa para los acreedores y también para el deudor, pues el temor á la misma, evitará el abandono por su parte y le estimulará á llevar á efecto con toda diligencia aquello á que se obligó por el convenio.

Tanto este efecto del convenio, como los otros de que antes nos hemos ocupado, son aplicables, no sólo á los acreedores cuyos créditos fueren posteriores á la publicación del Código civil, sino que son extensivos igualmente á aquellos acreedores anteriores á la vigencia del nuevo régimen legal, siempre que la declaración de concurso haya sido hecha después de la promulgación de dicho Código. Así se halla declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Mayo de 1894.

Ya hemos indicado los motivos por lo que no se encuentran concordancias de estos artículos en los Códigos extranjeros, y por lo tanto, no tenemos que insistir en la justificación de las causas de su omisión, contra el sistema hasta aquí seguido de agregar á la explicación del texto de las prescripciones del Código las concordancias de sus preceptos con los de las legislaciones extranjeras, para la mejor inteligencia y justificación de las disposiciones sancionadas por los mismos.

ARTÍCULO 1920

No mediando pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada.

La ley de Enjuiciamiento civil, después de declarar que contra el auto mandando llevar á efecto el convenio no se admitirá recurso alguno y será obligatorio para todos los acreedores comprendidos en la relación del deudor con exclusión solamente de los expresados en el art. 1140 que se hubiesen abste-

nido de votar y de los que no habiendo sido citados personalmente para la junta ni comparecido en ella, no se les hubiese hecho la notificación autorizada por el art. 1145 de la misma (1), dispone en su art. 1153 que á todos estos acreedores, y á los no incluídos en dicha relación, quedará á salvo é íntegro su derecho contra el deudor, no obstante el convenio, á no ser que se hubieren adherido á él expresa ó tácitamente.»

La redacción de este precepto podía dar lugar á dudas y divergencias en cuanto á la extensión del mismo, y el Código civil las hizo imposibles, pues ampliándolo á todos los acreedores en general, autoriza á éstos para cobrar la parte de crédito no realizada de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, conservando á este efecto íntegramente su derecho, á no ser que hubiere mediado pacto expreso en contrario entre ambos.

Esta disposición criticada por algunos por dejar en lo incierto los derechos del deudor derivados del convenio, resulta, sin embargo, en extremo justa, si se tienen en cuenta las razones y los motivos, en virtud de los que se autoriza al deudor para celebrar convenio con los acreedores dentro ó fuera del juicio de concurso. En efecto: si á aquél se le faculta para solicitar de éstos quita ó espera de sus deudas; si á virtud del convenio con tal objeto celebrado, los acreedores ceden al deudor una parte de sus créditos ó se imponen un aplazamiento en el cobro, es en consideración á las difíciles circunstancias en que se encuentra el que por carecer de bienes bastantes á cubrir su pasivo, ó por otras causas, en el caso de tener los suficientes, no puede satisfacer puntualmente todas sus obligaciones; y siendo esa razón puramente circunstancial, nada de extraño tiene, sino que, por el contrario, se conforma á los principios de la moral y de la justicia, el que desapareciendo dicha razón por haber cesado las dificultades que impedían el pago ó por haber adquirido nuevos bienes, venga obligado el deudor á satisfacer la parte de crédito no realizada por sus acreedores. Otra cosa sería beneficiarse ó

(1) Véase art. 1152 de dicha ley.

enriquecerse el deudor con perjuicio de éstos, y si no se permitiera esa ulterior realización de la parte no percibida, se daría lugar á abusos que la ley está en el deber de evitar.

Desapareció con la adquisición de esos bienes distintos, obtenidos después del concurso, la necesidad del convenio, ó mejor dicho, del sacrificio que en favor del deudor se impusieron sus acreedores, y justo es que, con la desaparición de esa necesidad, cesen también el sacrificio citado y con él las consecuencias de dicho convenio, renaciendo en los acreedores el derecho á la íntegra efectividad de todo lo que se les adeudara puesto que esos nuevos bienes no entraron en el concurso y no pueden quedar exentos de las responsabilidades del deudor por razón de dicho juicio, ni por otro motivo alguno.

Además de justo, el precepto de este artículo es de suma conveniencia, pues con su inclusión en el Código se ha conseguido disipar las dudas que á los intérpretes de nuestro antiguo derecho sugería la inteligencia de la ley 3.ª del tít. 15 de la Partida 5.ª que se refería, como es sabido, á la fuerza que debía tener la cesión de todos sus bienes hecha por el deudor en favor de los acreedores por razón de sus deudas.

Excusado nos parece decir, pues desde luego lo comprenderán nuestros lectores, que la disposición de este artículo está sujeta á las disposiciones sobre prescripción, de que nos ocuparemos en el examen del título siguiente.

CAPÍTULO II

De la clasificación de créditos.

En el terreno puramente especulativo, y atendiendo únicamente á razones de mera equidad, se ha dicho que, con arreglo á los buenos principios, todos los créditos deben ser iguales y merecer la misma consideración para el cobro, porque todos los acreedores pueden invocar el mismo derecho para que se les

haga efectivo aquello que se les adeude; y partiendo de este supuesto, contrario á las exigencias de la realidad y aun á razones puramente jurídicas, se indica que quizás sería el criterio más equitativo para resolver el problema de la concurrencia de créditos, en el caso de no alcanzar á cubrirlos los bienes del deudor, la distribución á prorrata de dichos bienes entre sus acreedores, cualquiera que fuese la naturaleza ó el carácter de las deudas del mismo. Pero, á poco que se medite sobre ello, se comprenderá que dentro de los términos del derecho positivo no puede aceptarse dicha teoría, porque si bien el deudor tiene siempre el mismo deber moral y jurídico de satisfacer todas sus obligaciones, sin distinción de clases ni de categorías, sobre ese deber están otras consideraciones cuando la situación en que se halla no le permite cumplirla exactamente, las cuales imponen la necesidad de establecer un orden determinado con arreglo al que haya de hacerse la realización de los créditos pendientes.

Nada de injusto hay en ello, pues como ha dicho un autor, establecida con anterioridad por la ley la clasificación y el orden de prelación correspondiente, el que contrata sabe que de la forma en que lo haga dependerá la preferencia de su crédito, y en su mano está colocarse en situación más ó menos ventajosa respecto de los otros acreedores de su deudor; y por lo tanto, llegado el caso de concurso, cada uno de ellos se encuentra en la situación que voluntariamente se creó al contratar con el concursado. Si pudo imponer las condiciones que determinaran una especial preferencia y no lo hizo, debe atribuirse á sí mismo las consecuencias, y culpa suya será el encontrarse postergado su crédito á los de otros que fueron más cuidadosos ó más exigentes que él.

Por eso hemos dicho que la clasificación de los créditos en distintas categorías y las respectivas prelaciones de éstas, no se hallan impuestas por la ley de la necesidad, sino que además, se fundan en razones jurídicas que en tal concepto deben ser atendidas ó tenidas en cuenta por la ley.

Reconocida la necesidad de la clasificación de los créditos,

como una consecuencia precisa de la declaración del concurso, el Código ha tratado de dar unidad á la materia con las disposiciones del presente capítulo, reuniendo en un solo cuerpo de doctrina la multitud de disposiciones relacionadas con ella y que se hallaban esparcidas sin orden ni método en las leyes del título 20, libro 3.º del Fuero Real, de los títulos 13 y 14 de la Partida 5.ª y de los títulos 11 y 14 libro 10 de la Novísima Recopilación, así como en el Código de Comercio, en la ley de Enjuiciamiento civil, en la ley Hipotecaria y en la de Contabilidad de la Hacienda pública, prescindiendo de todos aquellos preceptos que á la sazón carecía de oportunidad su aplicación.

La ley procesal, para llevar á efecto la clasificación, atendía principalmente á la naturaleza más ó menos privilegiada de los créditos, reuniéndolos en cuatro grupos distintos por el orden siguiente: 1.º, los acreedores por trabajo personal y alimentos; 2.º, los acreedores hipotecarios, comprendiendo también en ellos á los que estuvieren garantidos con prenda, con preferencia sobre la misma; 3.º, los escriturarios, y 4.º, los simplemente quirografarios. El Código, por el contrario, ha seguido un procedimiento enteramente distinto para dicha clasificación, pues como veremos más adelante, toma por base de ella, siguiendo los principios que informan en la actualidad la legislación sobre obligaciones, la condición ó clase de los bienes que deben responder especialmente del pago de los créditos que han de ser clasificados.

Mediante la determinación de las reglas de clasificación establecidas en el Código, ha venido éste á aclarar las dudas que antes surgían respecto á la inteligencia de las diversas disposiciones, que constituían el derecho anterior á su publicación, algunas de las cuales se hallaban en abierta contradicción con las demás, y á la vez ha simplificado grandemente la definitiva liquidación del concurso y especialmente la clasificación de los créditos por virtud del sistema adoptado según el que todos los créditos se comprenden en cuatro clases distintas, por los conceptos de preferencia siguientes:

1.º Con relación á determinados bienes muebles del deudor;

2.º Con relación á determinados bienes inmuebles ó derechos reales del mismo;

3.º Con relación á los demás bienes muebles ó inmuebles del deudor; y

4.º Por la carencia de toda razón de prelación, en cuyo caso se encuentran los llamados comunes ú ordinarios.

No basta sólo la clasificación ó la graduación establecida, sino que además es indispensable la determinación en el Código del de prelación con que han de ser satisfechos los créditos en el caso de que concurran acreedores de distintas clases de las señaladas; y esto es lo que constituye la materia propia del capítulo siguiente, en cuyo examen veremos las razones de prelación apreciadas por el legislador, y limitándonos por ahora á la clasificación como base de la graduación y pago de los mismos, bástanos indicar que el sistema seguido por el Código nos parece muy racional, aceptable y justo, hallándose conforme con el adoptado por algunos códigos extranjeros.

ARTÍCULO 1921

Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen.

Según resulta de las indicaciones con que hemos empezado el estudio de este capítulo, siendo el objeto de todo concurso de acreedores el pago de los créditos existentes contra el concurso aplicando á dicho objeto los bienes de fortuna que constituyan el activo, se impone como operación previa, necesaria é indispensable, la debida clasificación de dichos créditos, operación que, con arreglo á la ley procesal, llevan á efecto los acreedores mismos por medio de los síndicos que les representan, y que constituye la base y fundamento de las demás del juicio universal citado.

Esa clasificación se lleva á efecto, como su nombre lo indica, para determinar la respectiva naturaleza de dichos créditos á fin

de decidir por ella la clase de bienes con que han de hacerse efectivos, y por consiguiente, la prelación que en el cobro corresponde á unos créditos respecto de otros. Y una vez establecidas por la ley las reglas propias de dicha clasificación, no podía menos de declararlas obligatorias.

Esa declaración constituye el objeto y la razón del precepto consignado en el presente artículo, en el que se hace una declaración requerida por la necesidad, imponiendo como obligatorias en todo caso, con carácter general y preceptivo, dichas reglas, para evitar las consecuencias y la falta de unidad que en otro caso se producirían. Y puesto que no tiene otro alcance dicha disposición, ni puede suscitar duda alguna su inteligencia, así como la justificación de su precepto, no tenemos por qué detenernos más en su explicación, bastando lo expuesto anteriormente para demostrar la procedencia del mismo.

Concuerda este artículo con el 2330 del Código del Uruguay, con el 2475 del de Chile, y algunos otros.

ARTÍCULO 1922

Con relación á determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos por construcción, reparación, conservación ó precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.

2.º Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

3.º Los garantizados con fianza de efectos ó valores, constituída en establecimiento público ó mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

4.º Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta.

5.º Los de hospedaje sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

6.º Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

7.º Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días contados desde que ocurrió la sustracción.

I. *Fundamento jurídico de los preceptos de este artículo.*—Como base para su conveniente clasificación, los autores han solido distinguir los créditos por cinco motivos diferentes, que son: 1.º, el dominio; 2.º, el privilegio; 3.º, la naturaleza de la garantía ó gravamen real con que se hallare garantida su efectividad; 4.º, la forma en que se hallaren constituídos; y 5.º, el tiempo ó la fecha de su constitución.

Partiendo de dicha división, llaman acreedores de dominio á los dueños de las cosas dadas en depósito, guarda, comodato ó por cualquier otro título que no prive al dueño de su derecho de propiedad, ni haga que le adquieran los que las reciben. Por razón del *privilegio*, dividen á los acreedores en singularmente privilegiados y en meramente priviligiados. Por el tercero de los motivos indicados, ó sea por la garantía ó gravamen real, en hipotecarios y pignoraticios. En razón á la forma de su constitución, en escriturarios y quirografarios, según que se hallen constituídos en escritura pública ó en documento privado. Y por último, en cuanto al tiempo ó fecha en que fueran constituídos le diferencian también, según que sean más antiguos ó más modernos, dando á los primeros preferencia sobre los segundos en identidad de clase ó de circunstancias, según el conocido principio jurídico *prior tempore potior jure*.

Pero el Código, apartándose de dicho sistema, ha seguido método distinto atendiendo para la clasificación de los créditos á los cuatro motivos de prelación que expusimos en las indicaciones preliminares al estudio de las prescripciones del presente capítulo.

El primero de ellos, tiene por base la preferencia que al acreedor corresponde sobre determinados bienes muebles del deudor, y á él se refieren los diversos casos comprendidos en el artículo que examinamos, el cual, además de enumerar los créditos que gozan esta determinada preferencia, ó que merecen este carácter privilegiado, concede por consecuencia de dicho privilegio, á los acreedores á quienes pertenezcan tales créditos, una acción especialísima para reclamar los bienes sobre que recae, de aquel que los estuviere poseyendo, en el caso de que hubieran sido sustraídos.

Tiene este artículo por principal objeto la determinación y enumeración de los créditos preferentes con relación á los bienes muebles indicados, y con los cuales pueden ser hechos efecti vos con exclusión de todo otro crédito, cualquiera que sea su condición y su clase. Siete son los conceptos por los que puede darse lugar á dicha preferencia, y basta la mera lectura de ellos para comprender la razón y el fundamento de la preferencia concedida en cada uno de dichos casos, de los cuales nos ocuparemos por separado para evitar confusiones.

a) *Créditos por construcción, reparación, conservación ó precio de bienes muebles enajenados.*—La razón de la preferencia atribuída en este número á los créditos á que se refiere, por lo que hace á los gastos de construcción, reparación y conservación de los bienes, sobre los que recae la preferencia, consiste en que sin esos gastos no existirían dichos bienes, viniendo, por lo tanto, á hallarse en la misma situación que el acreedor refaccionario con relación á los bienes inmuebles objeto de la refacción. Y en cuanto á los créditos procedentes del precio de bienes muebles que estén en poder del deudor, desde luego se comprende que aquellos á quienes pertenezcan dichos créditos, son, en cierto

modo, acreedores de dominio, y puede decirse que tanto para ellos, como para los anteriores, no existe persona obligada, sino que la relación jurídica, más que con el deudor, existe entre el acreedor y la cosa con que ha de hacerse efectivo el crédito. Por eso se concede dicha preferencia, no con carácter absoluto, sino relativo, limitada únicamente á aquellas cosas determinadas que sujetan directamente á su cumplimiento las obligaciones origen de dichos créditos. Refiriéndose á este concepto ó motivo de preferencia, tiene declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Marzo de 1897, que los gastos de administración deben reputarse como de conservación y afectan á cuantos tienen interés, ya como propietarios, ya como acreedores, en los bienes administrados, siendo preferente su pago al de cualquier otro crédito.

Excusado es decir que naciendo esta preferencia especial en consideración á la relación en que se hallan los bienes citados con el acredor, es evidente que no puede traspasar el privilegio concedido los límites del valor de los mismos bienes, y por lo tanto, sólo llegará hasta donde alcance dicho valor, como así expresamente se determina en la disposición correspondiente del artículo.

b) *Créditos pignoraticios.*—En el segundo de los casos citados, la preferencia se funda en la naturaleza y efectos de la prenda, porque al constituirla en poder del acreedor prendario, si bien no se despoja por completo de su dominio el deudor, sale de poder del mismo hasta la extinción del débito, y por eso no puede quedar afecta á las obligaciones de aquél mientras esté vivo ó subsista el crédito prendario ó pignoraticio, y excluye, en su virtud, á los demás hasta donde alcance el valor de la prenda. Por esta razón concede la ley á dichos acreedores, como á los hipotecarios, el derecho de abstenerse de concurrir á la Junta de convenio y de tomar parte en la votación del mismo, en el caso de concurrir: derecho de abstención que, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de Octubre de 1902, «no es sino una consecuencia legítima y necesaria de

la naturaleza de tales créditos y de las acciones especiales que de ellos nacen».

En el comentario del art. 1916 nos ocupamos ya de esto al justificar la excepción consignada en su precepto con relación á los créditos hipotecarios y pignoraticios, y por lo tanto, no hemos de insistir en ello.

Conforme con estas indicaciones, dice un autor que en este caso se funda la preferencia concedida á los créditos pignoraticios, en que el derecho de prenda no se adquiere sino con la cosa pignorada, ni se conserva más que con la posesión; y en efecto, así es, pues si la cosa dada en prenda pudiera ser aplicada á otras obligaciones preferentes al crédito á que sirve de garantía, desde ese momento, y por el solo hecho de esa aplicación, perdería el contrato de prenda la garantía que constituye su especial naturaleza, y dejaría de subsistir con dicho carácter el crédito derivado del mismo.

Por la misma razón expuesta en el caso anterior, la preferencia tiene que limitarse también en éste al valor de la cosa pignorada y no podrá traspasar sus límites.

c) *Créditos asegurados con fianza de efectos ó valores.*—En el mismo caso y en la misma situación que el crédito pignoraticio, se encuentra el garantido con la fianza especial á que se refiere el núm. 3.º del presente artículo. Constitúyese ésta para garantir obligaciones determinadas, y al celebrarse el contrato se establece por mutuo acuerdo de las partes el alcance de la responsabilidad de dicha fianza, la cual, dentro de estos términos, queda afecta principal y exclusivamente al cumplimiento de toda otra obligación. Por eso el acreedor en este caso puede hacer efectivo su crédito con preferencia á todo otro acreedor, no sólo con el importe de la fianza, sino hasta donde alcance el valor de los efectos en que consista, cuando la fianza citada se hallare constituída en algún establecimiento público ó mercantil, pues al salir de poder del fiador dichos efectos con tal destino, se hallan en el mismo caso que los bienes pignorados en garantía de un crédito determinado.

Del hecho de la constitución ó entrega de los valores ó efectos depositados en concepto de fianza en el establecimiento público ó mercantil en que la misma se hallare constituída, se deduce la presunción de que la voluntad ó intención de las partes fué destinarlos íntegramente á satisfacer ó cumplir la obligación garantida con ellos en el caso de que lo hiciere á su debido tiempo el principal deudor, y de esa voluntad, que la ley presume, nace la causa de la preferencia concedida al acreedor por razón del crédito citado.

d) *Créditos por transportes.*—En este caso la razón ó el fundamento de la preferencia se deduce del texto mismo de la ley, la cual establece la presunción de que la voluntad de las partes fué el de que sirviesen de garantía del precio del transporte y de los demás gastos citados los mismos efectos transportados, por ser éste un derecho reconocido implícitamente en el contrato de transporte á favor del portador.

Pero ese privilegio concedido al acreedor por el porte y por los gastos de conducción y conservación no puede ser indefinido, sino que por la propia naturaleza de los efectos sobre que recae tiene que limitarse á un plazo breve, pues de lo contrario, habría que sustraerlos de las transacciones del comercio de los hombres, impidiendo su transmisión ó enajenación para que quedasen afectos á dicha garantía hasta el cumplimiento de las obligaciones de que responden.

El Código, atendiendo á esta consideración, reduce, en efecto, á breve término la subsistencia de dicho privilegio, el cual no se extiende más allá de la fecha de la entrega de los efectos transportados y treinta días después: cuya limitación resulta sumamente lógica porque la entrega presupone la renuncia al privilegio; y en otro caso, de no haber sido entregados oportunamente, sería en extremo perjudicial y gravoso, y hasta de difícil realización, el tener dichos efectos por mayor tiempo paralizados ó excluídos de toda transacción para responder en primer término de las resultas de dicho privilegio y poder hacerlo efectivo en ellos.

e) Créditos por hospedaje.—Comentando García Goyena el número 4.º del art. 1926 del proyecto de Código de 1851, cuyo precepto tiene analogía con el del núm. 5.º del presente artículo, decía que, en este caso, como en el anterior, la ley establece una presunción *juris et de jure,* por virtud de la cual, tienen los posaderos el derecho de prenda en los efectos introducidos en la posada y existentes, á la sazón en ella, animados ó inanimados, de la pertenencia del deudor, cuya garantía aparecía aun más justa por la obligación que tienen de recibir á los viajeros y por la responsabilidad que para la seguridad de sus efectos le impone la ley.

Esta establece esa preferencia también, á más de las razones citadas por dicho comentarista, en consideración á la naturaleza especial de estos créditos ó á la causa que les da origen, y por eso la limita tan sólo á los créditos por *hospedaje* y no á los que pudiera tener el dueño de la hospedería contra el hospedado en ella por cualquier otro concepto, como por ejemplo, el de préstamo, en el caso de que independientemente del hospedaje l hubiera suministrado alguna cantidad por dicho título.

Esa preferencia, concedida por la ley en el caso de que nos ocupamos, se limita tan sólo á los bienes muebles del deudor que existieren en la posada, pues se supone, por el hecho de tenerlos consigo, que son de su propiedad. Sin embargo, esa presunción de la ley no puede perjudicar el derecho de tercero, y, por lo tanto, si se probase que los bienes citados eran de otra persona distinta, cesará la preferencia y no podrá menos de prosperar la tercería de dominio que respecto de ellos se interpusiere.

Bajo la denominación de bienes muebles, deben estimarse comprendidos los llamados antes semovientes, dada la clasificación establecida en el art. 333, y á ellos será extensivo el privilegio, lo mismo que en la teoría antigua que sujetaba á él, tanto las cosas inanimadas, como las animadas.

El Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 30 de Diciembre de 1896, que este privilegio no tiene aplicación

cuando la estancia y permanencia del demandado en casa del reclamante, fué acto de puro obsequio.

f) Créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección.—Cuando se hubieren facilitado semillas ó anticipado los gastos de cultivo y recolección, tendrá el acreedor el derecho de hacer efectivo con los frutos de la cosecha para que sirvieron, y con preferencia á todo crédito, el producido por dichos conceptos.

Es, pues, un derecho al reintegro preferentemente concedido por la ley, en consideración al beneficio otorgado al deudor facilitándole los medios de producción necesarios de los bienes, que en otro caso habrían de quedar improductivos; y como á la producción de dichos frutos contribuyen las semillas y los gastos anticipados, justo es que en cuanto á ellos tenga dicho privilegio el acreedor que á su producción coopera en esa forma, porque, en cierto modo, es un condueño de ellos.

Pero esta preferencia, más que en provecho exclusivo de los acreedores, se halla establecida en interés de la agricultura, á cuyo fomento podrán aplicarse, por consecuencia de ella, capitales que en otro caso permanecerían extraños á dicha aplicación, pues es de todo punto indudable que, tanta más facilidad tendrá el labrador para conseguir esos anticipos, cuanto mayores sean las seguridades y garantías que para su reintegro tengan los que hayan de hacerlos.

Además de resultar beneficioso para la agricultura dicho privilegio, se halla exigido también por los más estrictos principios jurídicos y conforme en un todo está con la doctrina legal que estima que no deben reputarse *frutos* más que los que resten después de deducidos los gastos hechos para su producción, recolección y conservación.

Ya la ley 6.ª, tít. 11, libro 10 de la Novísiva Recopilación, vino á reconocer esta preferencia, pues si bien en ella se estableció que «en los frutos de las tierras debían ser preferidos los señores de ellas por su renta á todos los otros acreedores de cualquiera calidad», quedó á salvo el privilegio indicado por la razón expuesta de no deber estimarse como frutos más que el

resto que sobrare después de cubrir los gastos hechos para producirlos.

Excusado es decir que dicho privilegio alcanza no sólo á los frutos pendientes, sino también á las cosechas levantadas, recogidas y engraneradas, siempre que no hubieren sino enajenadas, pues si hubieren sido vendidas con anterioridad, aunque continuasen en poder del deudor, no podría hacerse extensivo á ellos el privilegio, porque habiendo salido ya del dominio del deudor, sólo puede tenerlos éste en el concepto de depósito.

g) Créditos por alquileres y rentas.—Los créditos por alquileres y rentas tienen preferencia también sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma, si bien dicho privilegio no alcanza á todos los alquileres ó rentas adeudados, sino tan sólo á los de un año.

En el derecho romano era conocido este privilegio con el nombre de *prenda ó hipoteca tácita ó legal* pero sus efectos ó extensión eran distintos, según que se tratase de un predio urbano ó rústico, pues en el primer caso, el propietario tenía la preferencia derivada del mismo sobre todos los efectos introducidos por el inquilino en el predio para su uso perpétuo ó permanente, y en el segundo, sólo le correspondía sobre los frutos (1), si bien cuando no producía fruto alguno la finca rústica, era equiparada en este punto á la urbana. Esta distinción era fundada, y hasta plausible bajo cierto aspecto, porque el dueño del predio rústico tenía su garantía en los frutos del mismo, mientras que el de la finca urbana, cuyos frutos ordinariamente consistían en el uso diario de la misma, no tenía seguridad ni garantía alguna, por lo que fué preciso procurarle otra equivalente, dándosele por ello la más conforme á la voluntad presunta de las partes.

Las Partidas extendieron el privilegio á los bienes muebles

(1) Véanse, ley 7.ª, tít. 1.º, libro 20 del Digesto y ley 7.ª también, del título 15, libro 8.º del Código.

introducidos en el predio rústico, siempre que la introducción se hiciese sabiéndolo el dueño (1), pero esa distinción hecha, ha sido censurada por algunos tratadistas que no encuentran en ella motivo suficiente que la justifique.

El artículo que examinamos, siguiendo en esto el ejemplo de los demás Códigos modernos, no admite ni la distinción romana, ni la de la legislación de Partidas, haciendo extensivo el privilegio en igualdad de circunstancias y con identidad de extensión á los predios urbanos y rústicos, como debía hacerlo, pues, en realidad, las razones en que se funda son las mismas en uno y otro caso, é idéntico debe ser el derecho concedido en ambos al propietario.

El fundamento de la preferencia otorgada en este caso, es el mismo de la concedida en los dos números anteriores. Tiene el acreedor ese privilegio sobre los bienes muebles del arrendatario, por la presunción que la ley establece respecto de la intención de las partes, y le corresponde también sobre los frutos porque, como ha dicho un autor, son estos una consecuencia de la vida de la finca arrendada.

A continuación del precepto del núm. 7.º de este artículo, que es el que se refiere al privilegio citado, dispone el Código que si hubieren sido sustraídos los bienes muebles sobre que recae la preferencia, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción. Por esta disposición se concede al acreedor privilegiado un derecho especialísimo, mediante el cual, se subroga en el lugar del acreedor para ejercitar la acción reivindicatoria que á éste sólo corresponde, si bien esa facultad sólo se limita al brevísimo término de treinta días, á contar desde la fecha de la sustracción, para evitar los inconvenientes que en otro caso se producirían por una más larga duración.

Este derecho concedido al acreedor, ¿se refiere á todos los

---

(1) Véase, ley 5.ª, tít. 8.º, de la Partida 5.ª

casos comprendidos en los siete números de que consta el artículo, ó sólo á los créditos por alquileres y rentas de un año? En este último sentido entienden dicha disposición algunos tratadistas, siguiendo á García Goyena, quien comentando el artículo 1926 del proyecto de Código de 1851 parte de ese supuesto y expone que se trata de los bienes sacados de la finca por el mismo arrendatario sin consentimiento expreso ó tácito del propietario, y que, además, debe suponerse que no queden en aquélla otros muebles de valor bastante para cubrir el crédito del propietario.

Dada la redacción del art. 1926 del citado Proyecto, no podía caber duda alguna acerca de la limitación de ese derecho á los créditos que dicho artículo colocaba en sexto lugar, y el nuestro en el séptimo, ó sea á los producidos por alquileres y rentas, pues colocada dicha disposición á continuación del número 6.º y antes de los núms. 7.º y 8.º, desde luego revelaba, por el orden de su colocación, que solamente á aquél hacía referencia. Pero en nuestro Código no sucede lo mismo, toda vez que consignada se halla al final del artículo y en párrafo aparte, y lo mismo puede entenderse como prescripción relativa al último de los números expuestos en aquél, que como disposición independiente extensiva á todos los casos de preferencia, con relación á los bienes muebles del deudor en ellos determinados.

El Tribunal Supremo no ha decidido aun dicha cuestión, y, por lo tanto, no es conocido el criterio del mismo respecto de la inteligencia del precepto indicado; pero anticipándonos á su resolución, y sin perjuicio de la doctrina que en su día establezca, si llega á plantearse ante el mismo dicha cuestión, no podemos menos de indicar que la razón de derecho es la misma en todos los casos, y, por consiguiente, no se concibe que se conceda esa facultad al propietario acreedor por alquileres y rentas, y no se conceda, por ejemplo, al hospedero por los gastos de hospedaje, en los cuales hay, si cabe, una mayor razón para ello por el carácter especial de la causa del débito, ni al acreedor que hubiere anticipado semillas y gastos de cultivo y recolección, ni al

porteador por el precio del porte y demás gastos y derechos de conducción y conservación, ni á los otros á que se refieren los restantes números de este artículo, á pesar de la naturaleza privilegiada de sus créditos.

La razón fundamental y el motivo jurídico de dicha disposición son los mismos en todos esos casos, y, en su virtud, á todos debe alcanzar el derecho ó la facultad que en la misma se menciona, sin que obste á esto la consideración de la limitación con que fué consignada en el proyecto de Código, del cual se tomó, y que, al adoptarlo como precepto de la nueva ley, debió serlo en los mismos términos en que antes fué establecido, único fundamento que puede aducirse en pro de la inteligencia restringida antes indicada.

II. *Concordancias.*—Concuerda el presente artículo con el 2102 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1958 del de Italia, con el 1009 del de Portugal, con el 2323 del del Uruguay, con el 2474 del de Chile, con el 2124 del de Bolivia, con el 1185 del de Holanda, con el 2410 del de Veracruz-Llave, con el 1572 del de Vaud, con el 2085 al 2088 del de Méjico, con el 1951 al 1954 del de la Baja California y con algunos otros.

ARTÍCULO 1923

Con relación á determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos á favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.

2.º Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

3.º Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados é inscritos en el Registro de la propiedad, sobre los bienes hipotecados ó que hubiesen sido objeto de la refacción.

4.º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros ó ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto á créditos posteriores.

5.º Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles á que la refacción se refiera, y sólo respecto á otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.

Comprende este artículo el segundo de los grupos en que se clasifican los créditos con arreglo al sistema adoptado por el Código, ó sea el de aquellos que gozan de preferencia con relación á determinados bienes inmuebles ó derechos reales, los cuales, en su virtud, pueden ser hechos efectivos, antes que ningún otro acreedor, con los bienes que determinadamente se les señala en los números respectivos del artículo.

Cinco son los conceptos ó motivos por los que es concedida esta preferencia especial, y siguiendo el orden ya establecido, nos ocuparemos de cada uno de ellos con separación.

a) *Créditos á favor del Estado por contribuciones é impuestos.*— El Estado tiene preferencia sobre los bienes inmuebles de los contribuyentes por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de las contribuciones é impuestos que sobre ellos graviten, y desde luego se comprende que es una razón puramente fiscal la que sirve de fundamento á dicha preferencia.

«Tienen estos créditos, dice el Sr. Pedregal, verdadero carácter privilegiado, y son todavía reminiscencia de las suprimidas hipotecas tácitas, que contradice los principios más cardinales de la ley Hipotecaria. Son obligaciones reales, sin que tomen este carácter de ningún contrato, y gravan directamente los bienes á que se refieren sin que se constituya la hipoteca especial que hasta á los menores se exige.»

Siendo una razón puramente fiscal el motivo de esta preferencia, no tenemos para qué detenernos en el examen de sus precedentes ni en la demostración de su justicia. La impone la

ley de la necesidad para que el Estado pueda cumplir y desenvolver sus fines con la normalidad y regularidad debidas, y basta esta consideración para dejarla justificada. Por eso en todo tiempo el legislador ha venido á poner remedio á dicha necesidad, concediendo al Estado los medios de realizar pronta y preferentemente los tributos, contribuciones ó impuestos que gravasen los bienes de los contribuyentes, en consideración al especial objeto á que se destinan, pues sin una ordenada recaudación de los mismos no es posible la vida regular de aquél ni el perfecto funcionamiento de sus organismos.

En nuestro antiguo derecho, según ya hemos expuesto en otra ocasión, tenía el Estado hipoteca legal y general sobre todos los bienes del contribuyente para la debida seguridad de sus créditos por el concepto indicado, y ese privilegio fué respetado por la ley Hipotecaria, si no íntegramente, al menos en su esencia, dejando á salvo el derecho del Estado, reserva que fué limitada á una anualidad, la última vencida y no pagada, y á los bienes á que correspondan las contribuciones é impuestos adeudados. Y para su mayor aseguramiento y eficacia se mandó que se hiciera constar de una manera expresa en las escrituras que se otorgasen sobre dichos bienes la reserva de ese derecho. Hoy basta que verbalmente haga el Notario á las partes dicha advertencia, como las demás que fueran legales.

No es este el único beneficio de que goza el Estado, pues la Hacienda pública, ó sea el organismo económico del mismo, tiene derecho de prelación por sus créditos liquidados en concurrencia con otros acreedores. Sin embargo, esa prelación no es tan absoluta que no admita excepciones, porque, por el contrario, no surte efecto en concurrencia con los acreedores siguientes:

1.º Los que lo sean por título de dominio ó de hipoteca especial, con relación á las fincas comprendidas en la fianza que prestó el deudor á favor de la Hacienda, siempre que aquel título no haya caducado legítimamente y sea de fecha anterior á la del otorgamiento de dicha fianza.

2.º Los que tengan la misma acción de dominio ó de hipoteca especial sobre los bienes del deudor no comprendidos en la fianza, siempre que el título de aquella acción esté vigente; pero quedando á salvo el derecho de la Hacienda contra toda enajenación ó hipoteca de los bienes del deudor, si resultare ó pudiera probarse haber sido simuladas ó haberse hecho en fraude de las acciones del Fisco.

3.º Las mujeres por su dote entregada y revestida de todas las solemnidades prescritas por el derecho común, excluyéndose la dote simplemente confesada, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento.

Así lo establece en su art. 13 la ley de contabilidad de la Hacienda pública de 25 de Junio de 1870, teniendo declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Diciembre de 1898, que es de aplicar la preferencia que establece dicho artículo cuando por la sindicatura y la junta de acreedores se hubiere reconocido que el crédito del Estado lo era por cantidad líquida, determinada y conocida.

b) *Créditos por premios ó dividendos de seguros.*—Los aseguradores tienen preferencia sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años; y si fuere mutuo el seguro por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

Ya hemos indicado en otra ocasión el motivo de la concesión de este privilegio otorgado por la ley para fomentar y desarrollar la institución y los fines del seguro; y dispensados estamos de insistir sobre ello.

Se encuentran estos créditos en el mismo caso que los producidos á favor del Estado por una anualidad de las contribuciones é impuestos, siendo extensivas á ellos las consideraciones y juicios del Sr. Pedregal, que transcribimos al principio del comentario del apartado anterior.

La misma preferencia que para el Estado, autorizó también la ley Hipotecaria respecto de estos créditos (1) ampliándola á

---

(1) Artículos 168 núm. 6.º. y 219 al 221 de dicha ley.

los premios de dos anualidades debidos y no satisfechos ó á dos dividendos, en vez de limitarla á una anualidad como lo hace para aquél, y también mandó consignar la reserva del derecho de los aseguradores en la escritura que se otorgasen enajenando ó gravando los bienes asegurados.

c) *Créditos hipotecarios y refaccionarios anotados ó inscritos.*— Dichos créditos gozan de preferencia, con relación á los demás acreedores del deudor, sobre los bienes hipotecados ó que hubiesen sido objeto de la refacción respectivamente, *siempre que hayan sido anotados ó inscritos en el Registro de la propiedad correspondiente.* Esta condición es consecuencia del precepto de la ley Hipotecaria que constituye una de las bases cardinales del régimen sancionado por la misma, según el que no pueden surtir efecto en perjuicio de terceros los títulos sujetos á inscripción que carecieren de dicho requisito.

Tanto respecto de los créditos hipotecarios, como de los refaccionarios, el Código se ha limitado á respetar lo dispuesto por la ley antes citada, la cual estableció en beneficio de la propiedad inmueble la preferencia de que nos ocupamos, y especialmente para promover la concurrencia de capitales destinados á la reparación de edificios necesitados de ella y á la construcción de nuevas edificaciones, mediante las facilidades dadas para el cobro de sus respectivos créditos á los acreedores que anticipasen sus capitales con dicho destino. Consecuencia de ese propósito del legislador y de la preferente atención que han merecido del mismo los créditos refaccionarios, es la excepción admitida en cuanto á ellos del principio general de que sólo son inscribibles los actos que consten en documento público, puesto que, aun cuando no estén constituídos dichos créditos en escritura pública, siendo su título un documento meramente privado, pueden ser anotados preventivamente á favor del acreedor siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1.ª, que en el documento que les sirva de título se expresen todas las circunstancias necesarias para evitar dudas y cuestiones para su cumplimiento; 2.ª, que concurran personalmente al Registro todos los inte-

resados en la anotación para que el registrador pueda asegurarse, así de la identidad de sus personas, como de la autenticidad de sus firmas; y 3.ª, que la finca refaccionada esté inscrita á nombre del deudor.

Véanse como ampliación de las indicaciones precedentes los artículos 59 al 64, 92 al 95 y 105 de la ley Hipotecaria y la sentencia del Tribunal Supremo fecha 30 de Diciembre de 1896, en la que se establece la doctrina de que los anticipos en metálico y materiales hechos por el empresario de unas obras tienen el carácter de crédito refaccionario, debiendo gozar la preferencia concedida á éstos, y que, en su virtud, no puede ser estimado dicho crédito como común, derivado de un mero contrato de arrendamiento de servicios.

Cuanto dejamos dicho acerca de la preferencia concedida por este número á los créditos refaccionarios, se refiere á los que hubieren sido anotados ó inscitos en el Registro de la propiedad, pues si carecieren de dicho requisito, entonces estarán sujetos á la regla establecida en el núm. 5.º, y según ella, sólo gozarán de preferencia respecto de créditos distintos de los expresados en los cuatro primeros números de este artículo.

d) *Créditos anotados preventivamente.*—En cuanto á estos créditos también se ha limitado el Código á reproducir lo dispuesto por la ley Hipotecaria, sosteniendo en su espíritu y tendencia las prescripciones de la misma (1).

Conforme con dicha doctrina se establece en el núm. 4.º del artículo que examinamos, que los créditos preventivamente anotados en el Registro de la propiedad en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros ó ejecución de sentencias, gozan este especial privilegio sobre los bienes anotados, aunque sólo respecto de créditos posteriores. Y si bien la inteligencia de dicho precepto no puede motivar duda alguna, necesitamos sin embargo, hacer alguna indicación sobre el mismo para acla-

---

(1) Véase art. 44 de dicha ley.

rar aún más los términos de su disposición y completar la doctrina en él sancionada.

Ante todo, debemos exponer que la anotación preventiva, hecha en el Registro, no varía la naturaleza jurídica de la obligación para cuya seguridad se lleva á efecto, ni puede, por lo tanto, convertir en real é hipotecaria la acción derivada de dicha obligación. En su consecuencia, si la anotación preventiva fué hecha para garantir las resultas de un juicio en que se ejercitara sólo una acción personal, ésta no pierde su primitivo carácter por el hecho de la anotación decretada, ni puede gozar de otra preferencia que la relativa establecida en el presente caso.

Así lo tiene expresa y terminantemente declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Enero de 1903, en la que se afirma el criterio antes expuesto de que en dicho caso, con arreglo á lo dispuesto en el art. 44 de la ley Hipotecaria y á lo resuelto con repetición por el mismo Tribunal, sólo produce la anotación el efecto de que el acreedor que hubiere obtenido el embargo, secuestro ó ejecución de sentencia que la motiva, sea preferido, únicamente en cuanto á los bienes anotados, á aquellos acreedores que tengan créditos contraídos con posterioridad á la anotación practicada.

Además debe tenerse en cuenta que la anotación preventiva de embargo para asegurar un crédito puramente personal, no puede obstar en lo más mínimo á la declaración del dominio á favor de un tercero de los bienes anotados, cuando dicha declaración se funde en un título anterior, *aunque éste no se halle inscrito*, si el que transmitió la finca tenía inscrito su derecho sobre ella, porque, aparte de que la anotación no puede sobreponerse al dominio adquirido con anterioridad, no tiene aplicación en dicho caso la doctrina referente á terceros que establece la ley Hipotecaria.

De este modo resolvió la duda el Tribunal Supremo por la misma sentencia antes citada de 28 de Enero de 1903, dictada en pleito sobre tercería de dominio promovido por el comprador de una finca embargada, adquirida de su padre por precio con-

fesado, sin que el adquirente la hubiese inscrito á su nombre en el Registro de la propiedad, desestimándose el recurso interpuesto contra la sentencia que estimó la tercería, fundándose para ello dicho Tribunal en las mismas razones antes expuestas de no alterar la anotación preventiva del embargo el carácter ó la naturaleza jurídica de la obligación asegurada con éste, y de no tener aplicación la doctrina respecto á terceros para el que tiene un derecho inscrito sobre la cosa objeto del juicio, como no puede menos de reconocerse así, porque el que en dichas circunstancias se halla no puede ser considerado como tercero.

e) *Créditos refaccionarios no anotados ni inscritos.*—Ya hemos dicho que los créditos refaccionarios, no anotados ni inscritos en el Registro de la propiedad, tienen preferencia sobre los bienes inmuebles objeto de la refacción, en cuanto á los créditos que no sean de alguna de las clases comprendidas en los cuatro números anteriores. Dicha disposición se funda en que, si bien los documentos no inscritos no pueden causar perjuicio á tercero, la naturaleza de tales créditos y el objeto á que se destinan las sumas ó los efectos facilitados para la reparación ó construcción de los edificios, les hacen ser de mejor condición que aquellos que no tienen razón alguna de preferencia y son además de fecha posterior á la constitución de los mismos.

Por eso se han armonizado los rigores de la ley Hipotecaria con las exigencias de la equidad, dando á los acreedores que en esas circunstancias se encuentren una preferencia relativa y restringida, que sólo puede surtir sus efectos en concurrencia con acreedores no privilegiados preferentemente.

Según veremos en el comentario del art. 1927, los créditos citados gozan de prelación entre sí por el orden inverso de su respectiva antigüedad.

ARTÍCULO 1924

Con relación á los demás bienes muebles é inmuebles del deudor gozan de preferencia:

1.º Los créditos á favor de la provincia ó del Mu-

nicipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el art. 1923, número 1.º

2.º Los devengados:

A. Por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización ó aprobación.

B. Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer é hijos constituídos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.

C. Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento.

D. Por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos, correspondientes al último año.

E. Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituída bajo su autoridad, en comestibles, vestido ó calzado, en el mismo período de tiempo.

F. Por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, á no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

3.º Los créditos que sin privilegio especial consten:

A. En escritura pública.

B. Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.

Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

En los dos artículos anteriores nos hemos ocupado de los créditos *singularmente privilegiados*, ó sean de aquellos que gozan de preferencia con relación á determinados bienes muebles ó inmuebles, y ahora nos corresponde examinar los conocidos con la denominación de *simplemente privilegiados*, bajo la cual se comprenden todos los que teniendo carácter preferente limitan su privilegio á los bienes muebles ó inmuebles del deudor que no sean objeto de una especial ó determinada preferencia.

Constituyen estos créditos el tercero de los grupos en que hemos dicho se clasifican los créditos según el sistema adoptado por nuestro. Código, y á su vez se subdivide en tres órdenes ó agrupaciones distintas, que se diferencian por razón de su diverso origen, si bien no es común éste en alguno de ellos, sino que se funda su agrupación en una razón de analogía. En efecto, en la primera de ellas se atiende á la naturaleza del crédito, estando comprendidos en la misma los que corresponden á las provincias y Municipios por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada; en la segunda se atiende á su vez á la analogía de su origen, figurando en ella los producidos por determinados gastos que tienen carácter igualmente privilegiado en consideración á la causa que los motiva; y la tercera tiene por base la forma de su constitución, la cual resulta en cierto modo análoga.

Siguiendo respecto de estos créditos la misma norma adoptada respecto de los *singularmente privilegiados*, nos ocuparemos de cada una de dichas agrupaciones con la conveniente separación.

a) Créditos á favor de las provincias ó Municipios por razón de impuestos.—En este punto el Código ha venido á introducir una radical reforma, estableciendo una distinción hasta ahora desconocida, ó no apreciada, entre los créditos del Estado y los de las provincias y Municipios, producidos por la falta de pago de las contribuciones é impuestos, á pesar de la identidad de su causa y de responder á un mismo fin la preferencia concedida á dichos créditos.

En efecto, al ocuparnos de los primeros, dijimos que ésta se fundaba en una razón puramente fiscal y que se hallaba impuesta por la ley de la necesidad para que el Estado pudiera cumplir y desenvolver sus fines con la normalidad y regularidad debidas, y esta misma es la causa de la preferencia atribuída en el presente caso á los créditos de las provincias y de los Municipios que tienen igual origen. Así es que nuestro antiguo derecho los consideraba en el mismo caso y les concedía idéntica

preferencia, reconociendo esa propia igualdad la ley Hipotecaria al hacer extensiva á las provincias y á los pueblos la hipoteca legal establecida en favor del Estado (1); pero, á pesar de esa identidad de circunstancias, el Código separa unos y otros créditos, comprendiendo los de éste por dicho concepto entre los *singularmente privilegiados,* y en los *simplemente privilegiados* á los de las provincias y Municipios que no estuvieren comprendidos en el caso anterior, ó sea en el núm. 1.° del art. 1923.

b) *Créditos por diversas clases de gastos de carácter privilegiado.* Se encuentran en este caso los devengados por alguno de los conceptos siguientes: 1.°, por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores; 2.°, por gastos de funeral del deudor, según uso del lugar, y también los de su mujer é hijos constituídos bajo su patria potestad, si no tuvieran bienes propios; 3.°, por gastos de la última enfermedad de las mismas personas causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento; 4.°, por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos correspondientes al año último; 5.°, por anticipaciones hechas al deudor para sí y su familia constituída bajo su autoridad, en comestibles, vestido ó calzado, en el mismo período de tiempo; y 6.°, por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, á no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

Tan justificado resulta el carácter preferente de los gastos determinantes de este motivo de preferencia, que ocioso resulta el detenerse á justificar cada uno de los casos que comprende este número. En todos ellos está clara y patente la causa ó la razón de dicha preferencia, derivada de la naturaleza especial de los gastos á que se refieren, y esa identidad de circunstancias es la que hace reunir esos distintos casos en una misma agrupación. No necesitamos, en su virtud, insistir en estas indicaciones, y por eso nos limitamos á exponer, por lo que se refiere á los créditos por jornales y salarios, que el Tribunal Su-

(1) Véase el art. 168 de dicha ley.

premo ha declarado en sentencia de 7 de Febrero de 1891, que no es deuda por trabajo personal, sino crédito por depósito de cantidad, el que motiva el reconocimiento hecho en escritura por el amo á favor de su sirviente de salarios devengados por éste y que dejó en poder de aquél. La limitación, en cuanto al tiempo de duración de la preferencia, obedece á las especiales disposiciones sobre prescripción de acciones, como veremos en su lugar oportuno.

c) *Créditos constituídos por escritura pública ó por sentencia judicial.*—Refiérese en este número el artículo que examinamos, á los créditos constituídos por escritura pública ó por sentencia firme que no tuvieren privilegio especial alguno, cuyo requisito es lo que determina la categoría en que el Código los clasifica, pues si, por el contrario, gozaran de algún privilegio sobre determinados bienes, muebles ó inmuebles, entonces tendrían que figurar entre los *singularmente privilegiados*, formando parte de los comprendidos en el art. 1922, si la preferencia otorgada por razón de él se refiere á los muebles del deudor, ó en el 1923, si hace relación á determinados inmuebles. Compréndense en una misma especie ó agrupación los escriturarios y los que tienen su origen en una sentencia judicial por su analogía respecto á la forma de su constitución, pues la sentencia firme tiene la misma fuerza y la misma consideración que una escritura pública.

Estos créditos tienen preferencia entre sí por el orden de an- antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias en que hubieren sido constituídos ó reconocidos. Así lo dispone en su último párrafo el presente artículo, cuyo precepto no ha hecho otra cosa que reproducir la jurisprudencia constantemente establecida por el Tribunal Supremo, fundada en el principio jurídico *prior tempore potius jure*, según la que, en igualdad de condiciones legales, tiene preferencia entre los créditos escriturarios (conocidos también con el nombre de quirografarios), el más antiguo de ellos (1).

(1) Véase entre otras sentencias la de 1.° de Mayo de 1896.

Aunque la ley equipara á los créditos escriturarios, los que constan en sentencia firme, si hubieren sido objeto de litigio, es preciso tener en cuenta que no deben entenderse estos términos tan en absoluto que, siempre, y en todo caso, haya de atribuirse dicho carácter á los declarados por ejecutoria, cualquiera que sea la clase de juicio en que hubiere recaído la sentencia de que traiga origen el crédito objeto del juicio, pues, por el contrario, ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de Mayo de 1894 y 23 de Noviembre de 1895, que son preferentes los créditos consignados en escritura pública á aquellos, á cuyo abono se condenó al deudor por sentencias dictadas en varios juicios verbales convenidos, procedentes de simples pagarés, siendo aquéllos anteriores en fecha.

Además ha reconocido también el mismo Tribunal en sentencia de 11 de Julio de 1898, que «los acreedores hipotecarios tienen sobre los bienes no afectos á la hipoteca la misma preferencia que en el apartado *A.* de este artículo se concede á los escriturarios», lo cual no es más que una consecuencia lógica y justa del principio reconocido y sancionado en el núm. 1.º del artículo 1280, según el que para ser eficaz contra tercero la hipoteca necesita estar constituída en escritura pública, pues reconociéndose en esta la obligación garantida con la hipoteca, no puede menos de ser considerada la persona á cuyo favor se constituye como acreedor escriturario, en todo aquello á que no alcance la garantía especial hipotecaria.

Concordancias.—Las disposiciones que hemos examinado concuerdan con algunas de las prescripciones de los artículos 2101, 2104 y 2105 de los Códigos de Francia y Bélgica, del 2123 del de Bolivia, del 1195 del de Holanda, del 2472 y 2473 del de Chile, del 2322 del del Uruguay, del 1575 del de Vaud, del 2406 del de Guatemala, del 3158 y 3159 del de la Luisiana, del 2090 del de Méjico, del 2409 del de Veracruz-Llave, y del 1956 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1925

No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, ó por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores.

Son objeto de este artículo los créditos conocidos con el nombre de comunes, que son aquellos que no están comprendidos en ninguno de los casos á que se refieren los tres artículos anteriores y constituyen el último de los grupos en que, según hemos dicho, se clasifican los créditos según su naturaleza jurídica y según la condición más ó menos privilegiada de los mismos.

Hasta aquí nos hemos ocupado de los que tienen alguna razón de preferencia sobre los bienes del deudor, ya con relación á algunos determinados de ellos, ya en cuanto á la totalidad ó á los excluídos de especial privilegio, y ahora nos corresponde examinar los que carecen de dicha preferencia.

Imposible es exponer *à priori* todos los que tienen este concepto, pues, como desde luego se comprende, pueden ser muchas las causas de deber ó la razón de dichos créditos, y, por lo mismo, en la imposibilidad de abarcarlos á todos ellos en una definición común derivada de los elementos constitutivos de los mismos, la ley ha adoptado una fórmula fundada en el sistema de eliminación, y, según ella, reputa comunes los créditos que no están comprendidos en ninguna de las tres categorías privilegiadas expuestas en los tres artículos anteriores. Y como la enumeración hecha de los que corresponden á cada uno de esos tres grupos es tan clara y precisa que no puede dar lugar á dudas sobre su naturaleza y peculiar condición, resulta fácil la determinación en cada caso de los que deben ser estimados como comunes.

Estos, como su mismo nombre lo indica, no pueden gozar de privilegio ó de preferencia alguna, y así lo declara implícitamente este artículo, al decir que no gozarán de preferencia los que por su clase ó por su título no estén comprendidos en los

anteriores, ó sea en los señalados con los números 1922, 1923 y 1924, que son los que establecen los tres grupos ó categorías privilegiadas que antes hemos indicado. No gozando de preferencia alguna los créditos comunes, habrán de ajustarse para su pago á las reglas del art. 1929, y se harán efectivos, sin consideración á sus fechas, prorrateando entre ellos lo que reste de los bienes del deudor después de satisfechas las deudas preferentes.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 2488 del Código de Chile, con el 2097 del de Méjico, con el 2412 del de Veracruz-Llave, con el 2433 del de Guatemala, con el 2339 del del Uruguay, con el 3876 del de la República Argentina, con el 1962 del de la Baja California y con algunos otros.

CAPITULO III

De la prelación de créditos.

En el examen hecho de las prescripciones del capítulo anterior, vimos la necesidad de que la ley estableciera una graduación ó clasificación de los créditos, con arreglo á la que hubiera de estimarse la distinta naturaleza y preferencia de los mismos: necesidad derivada de la concurrencia de créditos y de la imposibilidad de atender á todos ellos por igual cuando el deudor careciere de los bienes necesarios para cubrir el total importe de los mismos.

Con dicho objeto, en el capítulo anterior, se establecieron las reglas convenientes de clasificación, introduciendo el Código en este punto profundas modificaciones en la legislación anterior, pues al sistema hasta entonces seguido para la clasificación de créditos en caso de concurrencia de ellos, vino á sustituir otro enteramente nuevo, distinguiendo los créditos en cuatro grupos ó categorías determinados con precisión y claridad, y esta-

blecidos con un acertado orden entre sí. Por virtud de este sistema, nuevo en nuestro derecho, vino á consagrarse la respectiva preferencia de los acreedores, reconociéndoles determinados privilegios para sus créditos por razón de su especial carácter, ó por la naturaleza de las prestaciones que le dieran origen.

Esos grupos son los que hemos indicado anteriormente; pero no basta por sí sola la clasificación mencionada, sino que además, fijadas las reglas de la misma, se requiere como complemento de ella la determinación del orden por el que han de ser pagados los créditos clasificados, cuando concurran diversos acreedores de las distintas clases reconocidas por la ley.

Esto es, lo que en derecho se llama la prelación de créditos, la cual constituye la materia objeto del presente capítulo, en el que se establecen las disposiciones que determinan el orden con que ha de procederse á la realización de los créditos, en caso de concurrencia de ellos, teniendo en cuenta la naturaleza de cada uno, la clase de bienes con que debe ser pagado y la fecha ó antigüedad del mismo.

Según opina un autor, esa prelación está en realidad determinada ya en la misma clasificación de los créditos, cuando ésta es hecha con arreglo á las bases adoptadas por el Código, y especialmente cuando aquéllos tienen bienes determinados afectos á su pago; pero si de cualquiera de dichos créditos respondiese, no una cosa determinada, sino una clase entera de bienes, ó si concurrieren acreedores varios de distintas clases y categorías, no podrían bastar las reglas de la mera clasificación, y de aquí la necesidad de que la ley establezca el orden de prelación, con sujeción al cual, habrán de cobrar los acreedores concurrentes de cada grupo. Es pues, la prelación, una consecuencia de la clasificación. Esta distribuye los créditos en distintos grupos con arreglo á las bases establecidas por la ley, y la prelación regula el orden con que deben hacer efectivos los suyos los acreedores de cada uno de los grupos mencionados; y en efecto, al establecer el Código las reglas de la prelación, ha tenido como base los

principios consignados en las relativas á la clasificación, haciendo en su virtud las aplicaciones correspondientes al orden interior de cada grupo; cuyo orden lo prefija la misma ley, atendiendo á la naturaleza especial de cada crédito.

Estas brevísimas indicaciones bastan para entrar en el estudio de las disposiciones del presente capítulo, toda vez que las consideraciones expuestas en el anterior, facilitan notablemente la recta inteligencia de las mismas.

ARTÍCULO 1926

Los créditos que gozan de preferencia con relación á determinados bienes muebles, excluyen á todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble á que la preferencia se refiere.

Si concurren dos ó más respecto á determinados muebles, se observarán, en cuanto á la prelación para su pago, las reglas siguientes:

1.ª El crédito pignoraticio excluye á los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

2.ª En el caso de fianza, si estuviere ésta legítimamente constituída á favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía.

3.ª Los créditos por anticipo de semillas, gastos de cultivo y recolección, serán preferidos á los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquellos sirvieron.

4.ª En los demás casos el precio de los muebles se distribuirá á prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación á los mismos.

Según nuestro antiguo derecho, atendíase, para la clasificación legal de los créditos, más que á su especial garantía, á la naturaleza de los mismos y á la forma en que hubieren sido constituídos ó en la que se hubieren hecho constar; pero el Código, con un criterio más técnico y jurídico, ha fundado la clasifica-

ción, como resulta del estudio de los artículos anteriores, en una sola base, cual es la de los bienes que responden del pago de los mismos. Y con arreglo á ella, comprende en el primer grupo los créditos á que están afectos determinados bienes muebles del deudor; en el segundo, aquellos de cuya solvencia responden, especialmente también, determinados bienes inmuebles ó derechos reales; en el tercero los créditos de cuya satisfacción deben responder los demás bienes muebles é inmuebles del obligado al pago, preferentemente con relación á otros acreedores; y en el cuarto, los que carecen de toda clase de privilegio ó de toda razón de preferencia, en cuanto á los bienes del que ha de satisfacerlos.

Ese mismo criterio es el que se ha seguido para fijar las reglas de la prelación y por eso en el presente artículo, partiendo de la especial preferencia que tienen los acreedores del primer grupo sobre los bienes muebles determinadamente sujetos á la responsabilidad de su satisfacción, se establece con perfecta lógica la regla, esencialísima en la materia, de que respecto de dichos bienes determinados, los acreedores de ese grupo excluyen á todos los demás hasta donde alcance el valor de aquellos de los citados bienes á que la preferencia se refiera. Y para el caso de que concurran en cuanto á unos mismos bienes diversos acreedores, cuyos créditos pertenezcan al grupo citado, entonces habrán de observarse las cuatro reglas comprendidas en dicho artículo, para determinar los efectos de la prelación entre ellos, graduándose en su virtud ésta, con relación al pago de tales créditos en la siguiente forma:

1.º Se satisfará, en primer término, el crédito pignoraticio, si alguno de ellos tuviere este carácter, con el valor ó producto de la misma cosa pignorada y hasta donde alcance dicho valor ó producto.

2.º Los créditos garantidos con fianza legítimamente constituída á favor de varios acreedores, se satisfarán por el orden de sus respectivas fechas, y por consiguiente, los más antiguos gozarán de prelación respecto de los de fecha más reciente.

3.º Los motivados por anticipo de semillas ó gastos de cultivo y recolección, gozarán de preferencia respecto de los que lo fueren por alquileres ó rentas de los bienes en que se hubieren empleado las semillas ó en que se hubieren hecho los gastos de cultivo y recolección, pero dicha prelación se limitará tan solo á los frutos de la cosecha para que aquéllas ó éstos sirvieron; y en su virtud, serán satisfechos los créditos por dichas anticipaciones y gastos antes que los de alquileres y rentas hasta donde alcance el valor ó el producto de la cosecha indicada; y

4.º En todos los demás casos, el precio de los bienes sobre que recaiga la preferencia especial de que gocen los créditos de dicho primer grupo, se distribuirá á prorrata entre los créditos que gozen de dicha preferencia con relación á ellos.

Esta última regla se refiere á los créditos por construcción, reparación, conservación ó precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor (1), por transporte, ya con relación al precio del porte, ya por los gastos y derechos de conducción y conservación hasta su entrega (2), y por hospedaje (3) en los casos en que pueda darse esta razón de concurrencia.

En este artículo y en los tres siguientes, el Código viene á resolver, como complemento de las clasificaciones hechas en el capítulo anterior, las dudas que su inteligencia pudiera suscitar respecto de la concurrencia de varios créditos preferentes de un mismo grupo, así como sobre el orden en que deben ser satisfechos aquellos que no gozan de preferencia alguna para su pago, y la aplicación que debe darse al sobrante que quedare del caudal del deudor después de satisfechos los créditos privilegiados, así como la forma en que ha de satisfacerse la parte de los preferentes que no haya podido cubrirse con los bienes á que se contraiga su respectivo privilegio, resultando del conjunto de dichas reglas un trabajo complicado, como lo es también la materia á que se refieren, pero de fácil comprensión y aplicación.

---

(1) V. núm. 1.º del art. 1922.

(2) V. núm. 4.º íd.

(3) V. núm. 5.º íd.

ARTÍCULO 1927

Los créditos que gozan de preferencia con relación á determinados bienes inmuebles ó derechos reales, excluyen á todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble ó derecho real á que la preferencia se refiera.

Si concurrieren dos ó más créditos respecto á determinados inmuebles ó derechos reales, se observarán, en cuanto á su respectiva prelación, las reglas siguientes:

1.ª Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1.º y 2.º del art. 1923 á los comprendidos en los demás números del mismo.

2.ª Los hipotecarios y refaccionarios, anotados ó inscritos, que se expresan en el núm 3.º del citado artículo 1923 y los comprendidos en el núm. 4.º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones ó anotaciones en el Registro de la propiedad.

3.ª Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro á que se refiere el núm. 5.º del art. 1923, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

En el artículo anterior nos hemos ocupado de las reglas de prelación con relación á los créditos comprendidos en el primero de los grupos ó categorías de su respectiva clasificación determinados en el 1922, y ahora nos corresponde examinar las que se refieren á aquellos créditos, singularmente privilegiados también, cuyo privilegio se contrae especialmente á ciertos bienes inmuebles y derechos reales del deudor.

El efecto esencial de la preferencia concedida á esta clase de créditos, es que los que gozan de ella excluyen, con relación á esos determinados bienes ó derechos reales objeto de su respectivo privilegio, a todos los demás acreedores, cualquiera que sea

su clase y condición; pero esa prelación se limita al importe del crédito privilegiado ó hasta donde alcance el valor del inmueble ó derecho real á que la preferencia se refiera, si dicho valor ó el producto obtenido en la realización de los bienes citados no bastare á cubrirlo.

Por importe del crédito no debe entenderse únicamente el principal del mismo, sino que el privilegio se extiende en los que devenguen interés á los exigibles con arreglo á la ley aun en el caso de concurso (1), como son en los hipotecarios, los correspondientes á las dos últimas anualidades vencidas y la parte vencida de la corriente, y en los pignoraticios hasta donde alcance el valor ó producto de la cosa pignorada. Al examinar el art. 1916 expusimos el fundamento de la excepción consignado en el mismo á favor de dichas clases de créditos, respecto á la cesación impuesta para los demás en cuanto al devengo de intereses por consecuencia de la declaración de concurso, y explicamos entonces la extensión de la especial garantía de los mismos, la cual surte los mismos efectos con relación á la prelación, en caso de concurrencia de créditos, aunque no haya sido declarado en estado de concurso el deudor. Por lo tanto, nos remitimos á lo expuesto en dicha ocasión como ampliación del presente comentario.

El mero buen sentido demuestra que en el caso de que unos bienes inmuebles ó derechos reales determinados respondan de un sólo crédito, no puede haber dificultad alguna para la realización del mismo en el orden y en la forma correspondiente á su peculiar graduación, puesto que excluyendo á todo otro acreedor será satisfecho el citado crédito con los bienes ó derechos afectos á su especial privilegio en los términos indicados, conforme á la regla general establecida en el párrafo 1.º del artículo que examinamos; pero puede ocurrir, y frecuentemente ocurre, que unos mismos bienes ó derechos reales respondan de diversos créditos de idéntica naturaleza, y para dicho caso era preciso

(1) V. el art. 1916.

que la ley determinase las especiales prescripciones á que hubiera de ajustarse la realización de tales créditos, igualmente privilegiados, para evitar el choque ó la lucha entre los mismos, derivada de su mutua concurrencia.

Este es el fundamento de las cuatro reglas consignadas en el presente artículo, con las cuales se ha resuelto el problema de su respectivo pago; pero, como de los términos del propio artículo resulta, sólo tendrá aplicación el orden en ellas establecido, en el caso de concurrir varios créditos asegurados especialmente con unos mismos bienes inmuebles ó con unos mismos derechos reales impuestos sobre ellos.

Para fijar el orden ó las reglas de la respectiva prelación de dichos créditos, dentro del régimen interior de su grupo de clasificación, se ha seguido el mismo criterio que se tuvo en cuenta, según el artículo anterior, para la determinación de las correspondientes á los créditos comprendidos en el art. 1923, ó sea para los privilegiados con relación á determinados bienes inmuebles ó derechos reales, del deudor, dando preferencia especial entre ellos, en primer término, á los créditos á favor del Estado por contribuciones é impuestos y de los aseguradores por premios ó dividendos de seguros, en consideración á su peculiar naturaleza y á los fines á que responde su privilegio; después de éstos, á los hipotecarios, á los refaccionarios anotados ó inscritos en el Registro de la propiedad, y á los preventivamente anotados en dicho registro, sin más prelación entre sí, en cuanto á estas tres distintas clases, que la que se derive de la prioridad en sus respectivas inscripciones ó anotaciones; y en último término, á los refaccionarios no anotados ni inscritos á que se refiere el núm. 5.º del art. 1923, los cuales habrán de ser satisfechos en razón inversa á su antigüedad.

Al comentar el art. 1923 indicamos las razones de la preferencia otorgada para su clasificación á los créditos á que se refiere el actual en su regla 1.ª, que son las mismas que sirven de fundamento á la prelación establecida respecto de ellos para el pago por su orden en concurrencia de los de una y otra clase,

pues entre el interés del Estado y el de las compañías ó empresas aseguradoras, la ley ha tenido que dar la prioridad á los primeros, lo cual resulta tan conforme á la justicia y á la causa del débito, que no es necesaria ninguna otra consideración para justificarla.

En cuanto á los créditos hipotecarios, á los refaccionarios anotados ó inscritos, y á los anotados preventivamente, el Código se ha atenido á las prescripciones relativas de la ley Hipotecaria, ante la cual gozan todos ellos de la misma consideración, debiendo regirse, en su consecuencia, por la regla común derivada del principio, fundamental en el régimen hipotecario, de la prioridad de la fecha en que se haga constar en el Registro, por medio de su anotación ó inscripción, el derecho del acreedor, sin cuyo requisito no puede surtir efecto con relación á tercero.

Finalmente, respecto de los créditos refaccionarios no anotados ni inscritos, que gozan tan sólo del privilegio relativo y limitado que expusimos al examinar el núm. 5.º del art. 1923, la ley les reserva el último lugar en el orden de prelación de este grupo por la distinta condición en que se hallan con relación á los anteriores; y separándose del principio de prioridad que en los otros siguiera, fundado en la máxima jurídica *prior tempore potiur jure*, tantas veces citada, que por la carencia de anotación ó inscripción no puede ser aplicable en este caso, establece como base de la respectiva preferencia, entre ellos, el orden inverso de antigüedad, en consideración á que los últimos gastos hechos para la refacción de las fincas son los que constituyen las ventajas ó beneficios más inmediatos y á la vez más seguros y convenientes obtenidos por los edificios objeto de la refacción. En su virtud, se pagará primero el crédito más reciente, y así sucesivamente hasta llegar en último término al más antiguo.

Concordancias.—Tiene este artículo algunas concordancias, entre otros, con el 1963 del Código de Italia, con el 2324 del Uruguay y con el 2480 del de Chile, hallándose precedentes del mismo en la ley 26, tít. 13, de la Partida 5.ª

ARTÍCULO 1928

El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación á determinados bienes, muebles ó inmuebles, se acumulará á los bienes libres que aquél tuviere para el pago de los demás créditos.

Los que, gozando de preferencia con relación á determinados bienes, muebles ó inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

ARTÍCULO 1929

Los créditos que no gocen de preferencia con relación á determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, ó cuando hubiese prescrito el derecho á la preferencia, se satisfarán conforme á las reglas siguientes:

1.ª Por el orden establecido en el art. 1924.

2.ª Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, á prorrata.

3.ª Los créditos comunes á que se refiere el artículo 1925, sin consideración á sus fechas.

Refiérense estos dos artículos á los acreedores simplemente privilegiados y á los comunes; en el primero de cuyos casos se encuentran los singularmente privilegiados en todo aquello que no cubra su especial garantía ó privilegio, y, además, los de esta clase que por razón de prescripción hubieren perdido su peculiar preferencia. Y como las disposiciones de ambos artículos se completan, siendo el segundo complemento del primero, los hemos agrupado para su examen, á fin de evitar las recíprocas referencias que en otro caso tendríamos que hacer al estudiar separadamente cada uno de ellos.

En el primero, se establece un principio que constituye la base fundamental de las reglas de prelación consignadas en el segundo; y la declaración hecha en él es de tan buen sentido jurídico, que se halla conforme con lo preceptuado por la ley de Enjuiciamiento civil y por el Código de Comercio en las disposiciones de éste relativas á la quiebra. Y no sólo está de acuerdo con lo que constituía el estado legal anterior á la publicación del Código civil, sino que concuerda también en este punto con las principales legislaciones extranjeras, como veremos más adelante.

Según el principio general citado, se acumulará á los bienes libres del deudor el sobrante que quedare de los especialmente afectos á los créditos singularmente privilegiados, después de satisfechos los que gozaren de preferencia con relación á ellos; y el fondo ó acervo así formado, se destinará al pago de los demás débitos en la forma que dispone el art. 1929. Pero si en vez de remanente hubiera un déficit, por exceder los créditos singularmente privilegiados al valor ó producto de los bienes sujetos á su especial ó determinada preferencia, y no pudieran ser totalmente satisfechos tales créditos con el importe de los muebles ó inmuebles á que se extienda su privilegio, lo serán en cuanto al resto por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

Esta es la base del orden de prelación á que se refieren los dos artículos objeto de nuestro actual examen. En los dos anteriores nos hemos ocupado de las reglas que rigen la prelación respecto de los créditos comprendidos en el primero y en el segundo de los cuatro grupos en que se clasifican los créditos con arreglo al sistema adoptado por el Código, y en los presentes forma éste para los efectos de la prelación una agrupación especial compuesta por los siguientes:

1.° Los créditos singularmente privilegiados cuyo derecho de preferencia hubiere prescrito.

2.° Los singularmente privilegiados que no hubieren sido totalmente satisfechos con el importe de los bienes muebles ó in-

muebles á que alcance su privilegio, en la parte que hubiere quedado sin satisfacer.

3.º Los créditos simplemente privilegiados ó sean aquéllos que, siendo de condición preferente, no gozan de preferencia especial sobre determinados bienes muebles ó inmuebles; y

4.º Los créditos comunes.

Para hacer pago á dichos créditos hay que aplicar:

1.º El remanente, si lo hubiere, de los bienes muebles ó inmuebles afectos á determinados créditos singularmente privilegiados, ó de alguno de ellos si quedare algún sobrante después de cubiertos los créditos que gocen de especial preferencia sobre los mismos; y

2.º Los demás bienes libres que formen parte del caudal del deudor, ó sean los muebles ó inmuebles respecto de los cuales no tengan los acreedores determinada preferencia.

Desde luego se comprende, en vista de las indicaciones que con repetición tenemos hechas, que aun dentro de esta agrupación especial, de la cual forman parte créditos tan hetereogéneos ó de tan distinta naturaleza, resulta indispensable el establecimiento de un orden de prelación, previamente determinado por la ley, al cual haya de ajustarse la realización ó pago de dichos créditos en el caso de concurrencia de los mismos.

Ese orden de preferencia no puede fundarse, como los sancionados en los dos artículos anteriores, en la base de los bienes especialmente sujetos al pago, toda vez que los créditos que forman dicha agrupación carecen de privilegio determinado, unos por haberlo perdido en virtud de prescripción ó por exceder de su especial garantía la parte que accede á dicho grupo, y otros por no corresponderle con arreglo á sus condiciones ó circunstancias. Y estimándolo así, el Código atiende, para fijar las reglas de prelación relativas á esta tercera agrupación, á la naturaleza misma de los créditos que la forman.

Partiendo de dicha base, y con arreglo á este criterio, se da la preferencia á los simplemente privilegiados, en cuyo caso se encuentran, por no gozar ya de preferencia con relación á de-

terminados bienes, los singularmente privilegiados, cuyo privilegio hubiere caducado, ó la porción de los de dicha clase que excediere de su respectiva garantía. Y estos que en primer término son llamados al cobro habrán de ser satisfechos por el orden establecido en el art. 1924; es decir, que primero se pagarán aquellos cuya preferencia depende de la naturaleza jurídica de los mismos y después los que son preferentes por razón de sus respectivas fechas.

En el primer caso se encuentran, aparte de los singularmente privilegiados antes dichos, los créditos á favor de las personas ó de los Municipios, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, que no estuvieren comprendidos en el núm. 1.º del art. 1923, y los devengados por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización ó aprobación, y por los de los funerales del deudor y de su mujer é hijos constituídos bajo su patria potestad, con la limitación establecida en el apartado B del núm. 2.º del citado art. 1924, pues si la mujer é hijos del deudor hubieran dejado bienes propios, á cargo de ellos deben correr dichos gastos, porque, siguiendo esta obligación la misma condición que la de prestar alimentos, cesa la necesidad de abonarlos con la existencia de bienes de la persona en interés ó en consideración de la cual se hacen dichos gastos. Se encuentran también en el primer caso los créditos devengados por gastos de la última enfermedad del deudor, de su mujer y de sus hijos no emancipados, causados en el último año contado hasta el día del fallecimiento; los producidos por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos correspondientes al último año; los que tienen su origen en anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia, constituída bajo su autoridad, en comestibles, vestido ó calzado, en el mismo período de tiempo; y, por último, los motivados por pensiones alimenticias durante el juicio de concurso, á no ser que se funden en un título de mera liberalidad.

A todos estos créditos, especialmente determinados, se re-

fiere la regla 1.ª de las tres establecidas en el art. 1929 y conforme al precepto terminante de la misma se satisfarán por el orden en que quedan expuestos, que es el mismo establecido en cuanto á ellos en el art. 1924.

Hállanse en el segundo de los casos antes citados, dependiendo, por lo tanto, su preferencia, no de la respectiva naturaleza jurídica de los mismos, sino de su antigüedad, los créditos escriturarios sin privilegio especial y los constituídos por sentencia firme si hubieren sido objeto de litigio y no gozaren tampoco de privilegio determinado. A ellos hace relación la regla 2.ª del art. 1929, y según ésta, serán pagados por el orden de sus fechas, siendo preferidos, por lo tanto, los más antiguos á los más modernos y los que tuvieren una fecha común, serán satisfechos á prorrata.

Siguen á los créditos preferentes, según las reglas de prelación que venimos examinando, los comunes, los cuales serán pagados conjuntamente, distribuyéndose entre todos sin consideración á sus fechas el sobrante que quedare del caudal del deudor después de satisfechos todos los singular y simplemente privilegiados.

Concordancias.—El art. 1928 concuerda sustancialmente con el 2340 del Código del Uruguay, con el 2093 al 2097 del de Méjico, con el 2486, 2489 y 2490 del de Chile, con el 2419 al 2421 del de Guatemala, con el 1959 al 1962 del de la Baja California y algunos otros.

A su vez el 1929 de nuestro Código, tiene concordancias con el 2339 del de Uruguay, con el 2094, 2096 y 2097 del de Méjico, con el 2489 y 2490 del de Chile, con el 2420 al 2422 del de Guatemala, con el 1960, 1961 y 1963 del de la Baja California y con algunos, cuya expresión resulta innecesaria.

———

TÍTULO XVIII

DE LA PRESCRIPCIÓN

Uno de los títulos más importantes de nuestro Código civil es, sin duda alguna, el presente y, por lo tanto, debemos consagrar un especialísimo interés al estudio de las disposiciones que comprende empezando, como antecedente necesario para ello, por el concepto jurídico de la prescripción en las distintas modalidades que afecta en la vida jurídica de dicha institución, pues hasta en nuestros días sigue siendo objeto de empeñada controversia entre los tratadistas la noción exacta de la misma.

En efecto, por mucho tiempo han estado en desacuerdo los autores acerca del alcance y efectos de la prescripción, como elemento creador de derechos ó como medio á su vez de extinción de los mismos, por efecto de la mal entendida conjunción hecha por el derecho justinianeo de la prescripción y la usucapión, que vino á dar origen á la distinción en prescripción *adquisitiva y extintiva ó liberatoria.*

Ese desacuerdo de los tratadistas vino á reflejarse también en los distintos Códigos, entendiendo algunos que debían ser distintamente consideradas por la ley ambas prescripciones, figurando la primera de ellas entre los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, como sucede en el del Uruguay, en el de Portugal y en el de Guatemala, y la segunda en el tratado general de las obligaciones, como un medio especial de extinguirse ó de perderse el derecho á exigirlas. Ejemplo de esto en-

contramos, no sólo en los autores, sino también en algunos Códigos extranjeros que han sancionado dicha distinción, sirviendo de base ésta á las disposiciones del derecho positivo de sus respectivas naciones.

Sin embargo, la doctrina corriente en nuestro derecho y la detenida observación sobre la materia demuestran claramente que la prescripción, si bien reviste dos formas distintas, es una sola cosa en su esencia, puesto que constituye un título único de derecho derivado de una circunstancia ó razón de tiempo, modificativa del estado legal de los derechos de una persona determinada; y este concepto de ella impone la necesidad de un tratado general y de una doctrina común á las dos formas que puede revestir. Ese ha sido el sistema seguido por el Código, y es también el que corresponde á la verdadera y justa teoría de la prescripción.

En efecto, como ha dicho Mirabelli en su tratado de la prescripción, á todo derecho sobre las cosas ó las personas corresponden otras tantas obligaciones negativas ó positivas que cesan al cesar el derecho á que se contraen. Así es que la pérdida de un derecho engendra necesariamente por un lado un perjuicio, pero á la vez da lugar á un beneficio en favor de otro, cuyo beneficio varía según la naturaleza del derecho indicado. Puede, por ejemplo, el propietario de una cosa perder por prescripción la propiedad de ella, pero el poseedor la adquirirá: puede una persona perder por la misma causa un derecho constituído sobre un inmueble de otro; pero éste, libertándose de la carga, readquirirá la libertad de la finca: puede el acreedor perder, por el lapso del tiempo, su derecho al crédito disminuyendo su propio patrimonio con ello, pero el deudor al desligarse del vínculo obligatorio del débito, por consecuencia de ello, viene á aumentar respectivamente el suyo.

Síguese de aquí que la prescripción es siempre una, y que en realidad no existe, más que en el terreno de la abstracción, una prescripción exclusivamente adquisitiva ó simplemente liberatoria, pues la que es adquisitiva para unos, es extintiva.

para otros, porque á la vez que por el transcurso del tiempo consolidamos el dominio de una cosa, se pierde á la vez la acción del verdadero dueño para deducir cualquiera reclamación sobre la misma.

Pero si bien la prescripción es siempre una, constituyendo en todo caso un determinado estado de derecho por virtud del transcurso del tiempo, acusa desde luego dos modalidades ó formas distintas, derivadas de sus especiales efectos: una, cuyo objeto es adquirir el dominio ú otro derecho real sobre bienes apropiados para ello, la cual es conocida entre los autores con el nombre de prescripción adquisitiva; y otra, que tiene por fin y resultado la anulación de las acciones y derechos que una persona pueda tener respecto de otra ó sobre alguna cosa determinada, cuya forma es la denominada extintiva.

Diversas son las teorías que se han sostenido acerca del fundamento de la prescripción, pero no hemos de detenernos en el examen de cada una de ellas, bastándonos indicar tan sólo que dicha institución de nuestro derecho es una necesidad social que se funda en una razón de orden público, cual es la de dar fijeza y estabilidad á las relaciones jurídicas susceptibles de dudas y de contradicción, reduciendo la inseguridad de las mismas á un período de tiempo determinado para que no queden indefinidamente en lo incierto el dominio ó el patrimonio y los derechos de las personas interesadas en ellos.

Discuten también los autores respecto de la conveniencia ó utilidad de esta institución. Alguno la considera como uno de los ataques más violentos é injustificados al dominio y á los derechos que le constituyen ó integran, y, por el contrario, otros entienden que es el derecho más digno de consideración y de respeto para el legislador aquel que tiene su raíz y fundamento en la prescripción, reconocida y establecida por la ley como fuente y origen de los mismos.

Conocidas son esas distintas opiniones, y esta circunstancia nos releva del deber de ser más extensos en la exposición; pero quien quisiera hacer un estudio más detenido acerca de la ma-

teria, puede encontrar elementos bastantes para ello en los notables trabajos de Vazeille, Troplon, Le Roux de Bretagne y Laurent, en Francia, y de Ricci, Giorgi y Pugliese de Alejandría, en Italia, especialmente en los dos volúmenes publicados por el último de ellos, respectivamente, con los títulos *Della prescrizione acquisitiva* y *Della prescrizione estintiva*. Pero á pesar de la controversia de los tratadistas, se impone la necesidad de dicha institución por la razón de orden social antes indicada.

Por eso en todas las legislaciones fué admitida, si bien en los primeros tiempos de Roma no se conocía más que la usucapión, habiendo sido introducida dicha institución por la necesidad de hacer cierto el dominio de las cosas comprendidas en un territorio poco extenso. Pero los límites de la misma, reducidos en un principio tan sólo á los bienes itálicos del derecho quiritario, fueron extendiéndose sucesivamente mediante repetidas concesiones hasta adquirir los amplios términos que acusa la legislación justinianea.

Del derecho romano fué trasladada al nuestro la prescripción, y ya en el Fuero Juzgo se encuentran algunas leyes relativas á ella en el tít. 2.°, libro 10 de dicho Cuerpo legal. De éste pasó á los Fueros municipales, pero donde más importancia y más detenida reglamentación tuvo esta materia fué en el Código de las Partidas, como más adelante veremos, ocupándose también de ella la ley 65 de Toro (6.ª, tít. 8.°, libro 11 de la Novísima Recopilación), que tantas cuestiones suscitó acerca de la interrupción de la prescripción.

Sin entrar en más detalles históricos, que resultarían innecesarios, nos limitamos á indicar que, partiendo del sistema adoptado por nuestro antiguo derecho, el Código ha venido á reconocer la prescripción en sus dos distintas formas, si bien se ocupa de ambas en un solo tratado, que, siguiendo el ejemplo de los de Francia, Italia, Bélgica, Holanda y algunos americanos, constituye el último título del mismo.

Divídese éste en tres capítulos distintos que responden á una razón de método acertadísima, mediante cuya distribución

ocúpase, en primer lugar, de las disposiciones generales comunes á sus dos distintas especies, y después, con la separación debida, respectivamente de la prescripción del dominio y demás derechos reales, ó sea de la adquisitiva, y después de la prescripción de las acciones, es decir, de la extintiva.

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Objeto especial del presente capítulo son las prescripciones que sancionan los principios generales reguladores de la prescripción en sus dos distintas modalidades, y refiérense, ante todo, las disposiciones del mismo, á las tres cuestiones fundamentales en materia de prescripción, á saber: 1.ª, capacidad para prescribir; 2.ª, bienes que pueden ser prescriptibles; y 3.ª, efectos de la prescripción.

Como veremos en el estudio sucesivo de dichas disposiciones, el Código se ha ajustado en la regulación de las cuestiones citadas á las reglas generales del derecho. Conforme con dicho criterio, concede la capacidad necesaria para prescribir, ó mejor dicho, para adquirir por el título especial de la prescripción á todos los que la tienen para adquirir bienes ó derechos por los demás modos legítimos, y faculta, por las razones que más adelante expondremos, tanto á los acreedores del deudor ó propietario como á cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción para utilizar la acción de aquél derivada de la misma, á pesar de la renuncia de éste expresa ó tácita. En cuanto á la segunda de las cuestiones que constituyen la materia propia de este capítulo, ha sancionado también el Código el principio jurídico de que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres. Y, por último,

los efectos de la institución son los mismos, establecidos en el estado legal anterior, si bien se ha procurado dar mayor fijeza á los mismos resolviendo algunas dudas que antes solían suscitarse respecto de ellos. Además, en el ar. 1938 se hace una salvedad necesaria respetándose en él las disposiciones establecidas ó que se establezcan en leyes especiales respecto á determinados casos de prescripción, ya que la especialidad de las materias sobre que versen dichas leyes pueden aconsejar ó exigir reglas distintas para la misma. Y, por último, se establece en el artículo 1939 una regla de derecho transitorio que por su carácter general tenía que ser comprendida en el presente capítulo.

ARTÍCULO 1930

Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.

También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean.

De acuerdo con la doctrina admitida por la ley 1.ª, tít. 29 de la Partida 3.ª, establece el Código en el presente artículo la regla general aceptada por todas las legislaciones extranjeras, de que la prescripción es un medio de adquirir ó de perder los derechos y obligaciones por el transcurso del tiempo. Reconócense, pues, en él las dos formas ó modalidades antes indicadas: la adquisitiva ó creadora de derechos y la extintiva ó liberatoria.

Por la primera de ellas se adquiere, como terminantemente se declara en el artículo, no sólo el dominio, sino también los demás derechos reales, y por la segunda se extinguen los derechos y las acciones de cualquiera clase que sean. Pero para que surta dichos efectos la prescripción, es preciso é indispensable el cumplimiento de un requisito, sin el cual sería completamente ineficaz, cual es la concurrencia de las condiciones determina-

das para ello por la ley, pues ésta, para evitar los abusos que en otro caso pudieran originarse, ha condicionado el derecho nacido de la prescripción, adoptando las garantías necesarias á dicho fin. Se halla, en su virtud, este artículo, en relación con los de los dos capítulos siguientes, que determinan las condiciones precisas para que surtan sus peculiares efectos la prescripción adquisitiva ó la extintiva, de las cuales nos ocuparemos en su lugar oportuno.

Como una de dichas condiciones, es necesaria é importantísima la circunstancia del lapso del término establecido por la ley, puesto que la interrupción de dicho término hace cesar los efectos de la misma, como si no hubiese transcurrido el tiempo pasado hasta ella, á no ser en los casos expresamente establecidos, en los que se considerará no hecha la interrupción (1).

Limitada la disposición de este artículo al reconocimiento ó declaración de las dos especies ó clases en que puede dividirse la prescripción, no requiere el mismo mayor explicación, pues su precepto se halla concebido en términos tan claros y sencillos, que no puede ofrecer duda alguna su inteligencia.

Concordancias.—Concuerda dicho precepto con los de los artículos 2219 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2105 del de Italia, con el 505 del de Portugal, con el 1451 y 1452 del de Austria, con el 2492 del de Chile, con el 2254 del de Bolivia, con el 1629 del de Vaud, con el 1059 del de la Baja California, con el 1983 del de Holanda, con el 2420 al 2422 del de la Luisiana, con el 1165 del de Méjico, con el 2416 y el 2417 del de Veracruz-Llave, con el 3947 de la República Argentina y algunos otros. Tiene además sus precedentes en el Derecho romano, en las leyes 1.ª y 3.ª, tít. 3.º, libro 41 del Digesto, y en el de Castilla en la ley 3.ª, tít. 11 del Fuero Real y en la citada al principio, ó sea en la 1.ª, tít. 29 de la Partida 3.ª, habiéndose

(1) V. Artículo 1946.

propuesto análogos preceptos en los arts. 1933 y 1934 del proyecto de Código de 1851.

ARTÍCULO 1931

Pueden adquirir bienes ó derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos.

Consígnase en este artículo la regla general de la capacidad para prescribir, la cual se limita á la prescripción adquisitiva, puesto que en la extintiva, como veremos más adelante, no surten efecto alguno las circunstancias de la persona dueña del derecho que por virtud de ella ha de extinguirse ó perderse. La condición personal de dicho dueño podrá hacer que sea ó no prescriptible, según las diversas teorías aceptadas en derecho, la cosa sobre que verse la prescripción; pero en modo alguno puede influir dicha condición en la capacidad del que ha de prescribirla.

Por eso la disposición del artículo se limita á la prescripción como medio de adquirir, y según él, gozan de ella todas las personas capaces de adquirir bienes y derechos por cualquiera de los demás modos ó medios admitidos por la ley. La doctrina es la misma establecida en nuestras antiguas leyes, pues según la 2.ª del tít. 29 de la Partida 3.ª, podía adquirir por prescripción todo el que fuera capaz de derechos, determinándose además en ella que el loco ó el demente estaba incapacitado para ello, á no ser que la prescripción hubiere comenzado antes de caer en el estado de locura, ó si el antecesor á quien heredase hubiera comenzado á prescribir con dicho título.

El Código, como se ve, no establece precepto alguno especial para dichos casos, y por lo tanto, habrán de ser resueltos conforme á las reglas de derecho establecidas previamente, viniendo á constituir una disposición de mera referencia, que impone la aplicación de los principios generales sobre la capacidad para adquirir. Y como acerca de ello tenemos dicho ya lo sufi-

ciente en su lugar oportuno, á lo expuesto entonces nos remitimos, como ampliación de las indicaciones precedentes, para la debida explicación del presente artículo.

Por lo demás, la declaración hecha en él es de buen sentido jurídico y conforme se halla con todas las legislaciones modernas, pues de acuerdo con ellas se ha prescindido de las especiales incapacidades establecidas por las antiguas leyes, las cuales no tenían razón de subsistencia en la actualidad.

En consideración á la importancia de la materia objeto del presente título, ha puesto especial cuidado en la expresión de las disposiciones del mismo, procurando la mayor claridad en sus términos y la conformidad más completa en sus preceptos con los principios generales del derecho, lo cual nos permite ser breves en su comentario.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 1453 del Código de Austria, con el 2418 del de Veracruz-Llave, con el 1151 del de Uruguay, con el 3950 del de la República Argentina, con el 1168 del de Méjico y con el 1062 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1932

Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, inclusas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley.

Queda siempre á salvo á las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción.

En el artículo anterior nos hemos ocupado de las personas que pueden ser sujeto activo de la prescripción, por tener capacidad para adquirir por dicho título, y siguiendo el método que la razón natural y la lógica imponen, debemos examinar á continuación quiénes puedan ser sujeto pasivo de la misma, ó lo que es lo mismo, contra quiénes puede darse la prescripción.

Nuestras antiguas leyes atendían para dar ó no eficacia á la misma á las condiciones de la cosa objeto de la prescripción y á las circunstancias de las personas á quienes pertenecieran las mismas. Así, por ejemplo, la ley 8.ª del título 29 de la Partida 3.ª, excluyó de ella los bienes de los menores de edad y de las mujeres casadas, si bien al declararlo así reconoció que si después de llegar aquéllos á la mayor edad, ganase alguno el dominio por prescripción, fuera esta eficaz, y también lo sería en el caso de que la mujer casada no reclamara su dote al marido malgastador. Del mismo modo podríamos citar otras varias excepciones sancionadas por el derecho anterior en consideración á dichas causas.

Por el contrario, el Código no admite ninguna de las excepciones que, por razón de la naturaleza y condiciones de las cosas ó por las circunstancias de las personas, eran admitidas antes y entre ellas, las correspondientes á los bienes patrimoniales del Estado, susceptibles de peculiar apropiación, de los menores, de las mujeres casadas por razón de su dote inestimada y de las cosas hurtadas y robadas. Todos esos bienes eran antes imprescriptibles por el término ordinario, aunque algunos podían serlo por el extraordinario; pero desde la publicación del nuevo Cuerpo legal, están sujetos á la prescripción, como todos los demás, sin otra condición que la de ser poseídos con las condiciones legales. Y no podía menos de ser así habiendo aceptado sus autores el principio, elevado á precepto positivo en el art. 1936, de ser susceptible de ella todas las cosas que estén en el comercio de los hombres.

Por eso en el párrafo primero de este artículo se consigna, en términos absolutos, la declaración de que los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en los términos prevenidos por la ley *en perjuicio de toda clase de personas, inclusas las jurídicas*. Este principio es aplicable sin distinción á todos los que fueren dueños de los bienes objeto de prescripción cualesquiera que sean sus circunstancias, habiendo venido á borrar todas las excepciones antes admitidas por razón de la persona,

sujeto pasivo de la prescripción, pues al no establecer disposición especial respecto de ellos, las sometió á las reglas generales del derecho. En su virtud, es aplicable lo mismo á los mayores que á los menores de edad, á la mujer casada que á la soltera, al incapacitado que al que posea íntegra su capacidad.

Así resulta declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Mayo de 1904, en la que se estableció dicha doctrina fundándose para ello, entre otras consideraciones, en la de que no existe disposición alguna que prevenga que á los incapacitados no les son aplicables las prescripciones legales que señalen términos ó establezcan sanciones para los casos de incumplimiento de obligaciones que á los mismos afecten, no siendo de aplicación para el caso los motivos de nulidad establecidos por la ley para los contratos, porque aquéllos sólo se refieren á los convenios que se celebren, obligándose las partes que en ellos intervienen á dar ó hacer alguna cosa.

Tratábase en el pleito en que recayó dicha sentencia de varias acciones de una Compañía anónima pertenecientes á un incapacitado, las cuales habían quedado caducadas conforme á lo establecido en los estatutos, por no haberse pagado los dividendos pasivos correspondientes á las mismas dentro del plazo señalado al efecto; y aun cuando en realidad no era este un caso de prescripción, sino de caducidad conforme á las estipulaciones de un contrato de sociedad, el Tribunal Supremo desestimó el recurso estableciendo la doctrina antes citada. Para que se comprenda mejor todo el alcance de la declaración hecha por dicho Tribunal, conviene consignar, aunque en breve extracto, algunos de los motivos alegados en apoyo de dicho recurso.

Entre ellos, los más interesantes son los siguientes:

1.° Que perjudicaba la sentencia al incapacitado, falto á la sazón de representación tutelar, infringiendo por ello el art. 32 del Código civil, según el que la demencia y la incapacidad constituyen una restricción de la personalidad jurídica, en relación con los arts. 199 y 200, que declaran sujetos á tutela como incapaces para gobernarse por sí mismos á los locos ó dementes,

aunque tengan intervalos lúcidos, y con el 1263, conforme con el que no pueden aquéllos prestar consentimiento que sea base de obligaciones jurídicas.

2.° Que dicha sentencia infringía además el art. 1932 del citado Código por indebida aplicación de su precepto, pues sancionándose en él la extinción por prescripción de los derechos y acciones en perjuicio de toda clase de personas, inclusas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley, quedando á salvo á los impedidos de administrar sus bienes la facultad de reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiere sido causa de la prescripción, se había aplicado por igual razón al caso de autos sin motivo alguno para ello, toda vez que dicho artículo se refiere únicamente á la prescripción legal y presupone la existencia de representantes legítimos, causantes de la prescripción, cuyos supuestos no concurrían en dicho caso.

3.° Que además infringía, por falta de aplicación, el art. 1152 de dicho Código, en su párrafo 2.°, según el que sólo puede hacerse efectiva la pena (estipulada en las obligaciones con cláusula penal) cuando ésta fuera exigible conforme á las disposiciones del citado Código; precepto que por analogía era de aplicación al caso, porque no podía ser exigible por involuntaria omisión y causa insuperable de fuerza mayor pena alguna, y por lo tanto, la de caducidad de sus acciones, al incapacitado falto de representación tutelar complementaria de su personalidad.

A pesar de dichos fundamentos, el expresado Tribunal desestimó el recurso interpuesto por parte del incapacitado, por la razón jurídica ya indicada, reconociendo así la amplitud del criterio adoptado por el Código al someter á la pérdida de derechos por razón de prescripción á todas las personas sin distinción de clases ni condición alguna.

El artículo que examinamos comprende dos preceptos distintos. En el primero de ellos se hace la declaración antes dicha, por virtud de la cual la prescripción válidamente ganada perjudica á toda clase de persona; y en el segundo se concede á los

impedidos para administrar sus bienes el recurso conveniente al efecto de resarcirse de los perjuicios que pudieran irrogárseles á consecuencia de su sumisión á la prescripción motivada por la negligencia de sus representantes legítimos.

La redacción dada al primero de dichos preceptos ha hecho incurrir á algunos en error suponiendo que sólo se refiere á los derechos y acciones, y que, por lo tanto, su disposición no alcanza á las cosas materiales, ya de los particulares, ya de las Corporaciones, Sociedades ú otras entidades; pero el error en que se incurre al estimarla así es bien notorio y patente, porque semejante inteligencia está en pugna con la regla consignada en el art. 1936, según la que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

El objeto de la disposición del párrafo primero del artículo que examinamos, no es la determinación de los bienes prescriptibles, ni ese podía ser el fin propuesto por el legislador al establecer la disposición sancionada en el mismo, sino que la razón de dicho precepto no fué otra que la necesaria fijación del principio fundamental de la *prescripción pasiva,* si vale la frase, precisando con toda claridad quiénes podían ser sujetos pasivos de la misma, como consecuencia necesaria del sistema adoptado, porque después de consignar quiénes tienen capacidad de adquirir por prescripción, necesario resultaba expresar contra quiénes puede utilizarse dicha prescripción para completar el concepto de la misma.

Por eso el artículo habla sólo de los derechos y acciones, con independencia de las clases de bienes que pueden ser objeto de la prescripción, reservando para más adelante esa materia, como veremos al examinar el art. 1936 antes citado, toda vez que ella es lo que constituye el objeto de su precepto.

Al fijar el Código el principio antes indicado lo ha hecho en términos absolutos, apartándose de todo privilegio puramente personal ó dependiente de la condición de las personas, pues no admite ninguna de las excepciones que las antiguas leyes reconocían, y ni aun siquiera se eximen de los efectos de la pres-

cripción los impedidos física ó legalmente para administrar sus propios bienes.

Los términos en que se halla redactado dicho precepto no pueden ser más claros y precisos. Según ellos, no sólo se da la prescripción contra los particulares, sino también contra las personas jurídicas, pues rompiendo los antiguos moldes y separándose de algunos Códigos, que aun conservan vestigios del privilegio concedido al Estado, á las Corporaciones y á otras entidades, morales ó jurídicas, para seguir el amplio criterio adoptado en el Código francés, en el de Holanda, en el de Vaud y algunos otros, se da lugar á la prescripción contra dichas instituciones y contra los establecimientos públicos y las demás personas jurídicas, sin otra limitación que la impuesta también á los particulares de haber de estar en el comercio de los hombres las cosas ó los derechos y acciones objeto de la misma. En su virtud, sólo dejará de surtir efecto la prescripción contra el sujeto pasivo de ella cuando fuere imprescriptible, con arreglo á la ley, la cosa sobre que recaiga.

El segundo de los preceptos comprendidos en el presente artículo se halla impuesto por una razón de equidad, derivada del criterio adoptado. En efecto; por las altas consideraciones de interés público, que sirven de fundamento á la prescripción en general y que abonan el principio capital ya indicado, la ley no ha exceptuado de la prescripción á las personas impedidas para administrar sus bienes; pero como por efecto de esa sumisión á que se les sujeta podrían ocasionárseles perjuicios, sin culpa por su parte, cuando por negligencia de sus representantes legítimos se hubiere dado lugar á aquélla, ya por no haber utilizado los medios necesarios para ello, ó ya por otra causa cualquiera, la ley ha venido en auxilio de esos impedidos por la razón de equidad expuesta, toda vez que, aunque legal, no sería equitativo que éstos hubieran de sufrir la pérdida de sus derechos cuando personalmente no han dado ocasión á ello, y con el objeto de obtener la reparación debida les deja á salvo su derecho en dicho caso para entablar las reclamaciones procedentes

contra los representantes legítimos, causantes del perjuicio con su negligencia.

Esta disposición, además, es una consecuencia de la regla establecida en el art. 1902, respecto de las obligaciones nacidas de la culpa ó negligencia, pues si los representantes legales de las personas impedidas para administrar sus bienes no hicieron cuanto en derecho debían hacer para impedir la prescripción, dando lugar á ella con su negligencia, justo es que respondan del perjuicio por tal motivo causado.

Algunos precedentes de dicha disposición pudieran encontrarse en el Derecho romano y en varias leyes de la Novísima Recopilación (1); pero como disposición expresa y especial en la materia, no se halla declaración análoga en nuestro derecho hasta la publicación del Código civil.

Concordancias.—El artículo que examinamos concuerda con el 2227 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2114 del de Italia, con el 516 del de Portugal, con el 1169 del de Méjico, con el 2419 del de Veracruz Llave, con el 1991 del de Holanda, con el 2497 del de Chile, con el 1636 del de Vaud, con el 3487 del de la Luisiana, con el 1063 del de la Baja California y otros.

ARTÍCULO 1933

La prescripción ganada por un copropietario ó comunero aprovecha á los demás.

Aunque á primera vista parece que la disposición de este artículo se refiere sólo á la prescripción adquisitiva y que por tal motivo debiera estar comprendida en el capítulo siguiente, á poco que se medite sobre ello se comprenderá que tiene un carácter general, relacionado con los efectos jurídicos de la prescripción en las dos formas reconocidas por la ley; y en su virtud ha procedido el legislador con el debido método y muy acertada-

(1) V. leyes 4.ª, 7.ª, 8.ª y 9.ª del tít. 8.° del libro 11.

mente al agruparla con las demás prescripciones propias del presente, entre las que se distingue, tanto por la doctrina que establece como por la claridad de su precepto.

Este es consecuencia del principio de la mancomunidad en el dominio, pues por virtud de las especiales relaciones que existen entre los diversos copropietarios ó comuneros, la prescripción ganada por uno de ellos tiene necesariamente que servir á los demás. En efecto; como ha dicho un autor, en la comunidad las ganancias y pérdidas son comunes, cualquiera que sea el productor de ellas. Basta que éste sea un comunero para que todos se aprovechen del beneficio ó á todos perjudique la pérdida. Y no puede menos de ser así, porque la posesión del comunero no es propia ni personal de éste, sino que posee en representación y en provecho de todos los demás. Así es que el comunero ó copropietario poseedor de la cosa común no puede prescribirla contra los otros copropietarios ó comuneros.

Por la misma razón la interrupción de la prescripción llevada á cabo por uno de ellos aprovecha á los demás y la que tiene lugar contra uno perjudica á todos, poniendo término á la comenzada.

De lo expuesto se deduce que, transcurrido con los requisitos y en las condiciones legales el término legal de la prescripción, á contar desde que uno de los condueños ó comuneros dió principio á ella, todos los demás se colocan en las mismas condiciones que él y adquieren los mismos derechos que éste, cualquiera que sea el tiempo que llevaren en el condominio ó en la comunidad.

La justicia de dicho precepto no puede ser puesta en duda por nadie y ha sido reconocida por todos los comentadores, tanto de nuestro derecho como de algunos Códigos extranjeros en que se consigna análoga disposición.

Sus precedentes se hallan en el derecho romano, en la ley 5.ª, título 40, libro 8.º del Código, y análogo precepto se propuso en el art. 1939 del proyecto de Código de 1851.

Concordancias.—El artículo que examinamos concuerda con

el 512 del Código de Portugal, con el 1178 de Méjico, con el 2163 del del Uruguay, con el 1072 del de la Baja California y con algunos otros.

ARTÍCULO 1934

La prescripción produce sus efectos jurídicos á favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar.

De los varios efectos que la prescripción produce, se refieren unos al nuevo adquirente y otros al dueño primitivo, cuyo dominio ó cuyas acciones se extinguen por virtud de ella. Mediante los primeros, el adquirente obtiene el dominio de los bienes ó de los derechos prescriptos por él, siempre que se hayan cumplido las condiciones ó requisitos exigidos por la ley, transformándose por virtud de la prescripción la mera posesión en propiedad y convirtiéndose en derecho el hecho de la simple tenencia. Y por lo que respecta al primitivo dueño, el transcurso del tiempo establecido por la ley para la prescripción extintiva, lleva consigo como efecto jurídico dependiente del mismo, el desconocimiento legal ó la pérdida absoluta de la propiedad ó de los derechos que á dicho dueño pertenecían antes de tener lugar la prescripción.

Esos efectos propios de la misma se dan, no sólo en favor de la persona que ejercita la prescripción ó en contra de aquélla en cuyo perjuicio se utiliza, sino que aun después de fallecidas una y otra, transcienden en su representación ó en la del heredero presunto á la herencia yacente, porque ésta en el orden jurídico representa la persona del finado, pero envuelven también en dicha representación la personalidad del heredero en cuanto concierne á la adquisición de la misma, ó á las cosas que requieren algún hecho para ello. Esta es la opinión mantenida por García Goyena al exponer el fundamento ó la razón jurídica del ar-

tículo 1991 del proyecto de 1851, y la sostenida también por el Sr. Bonel al comentar el artículo que examinamos.

No puede dejar de estimarse por la ley la subsistencia de dichos efectos durante ese estado de la herencia, porque mientras ésta permanece yacente, no hay heredero que pueda ejercer los actos propios de la prescripción adquisitiva, ni oponerse á ella ó interrumpir la extintiva ó liberatoria. Y como ese estado de hecho y de derecho subsiste hasta que el heredero presunto acepta la herencia ó hasta que transcurre el término concedido para hacer el inventario y para deliberar, por eso el artículo que ahora examinamos establece que la prescripción haya de producir todos sus efectos jurídicos en favor ó en contra de la herencia durante ese tiempo.

Esto es consecuencia de la retroacción de la adición de la herencia, expresa ó tácita, á la fecha en que se causó la sucesión, pues cualquiera que sea la en que tenga lugar, ha de entenderse adquirida la misma en el día del fallecimiento, y, por consiguiente, todos los actos jurídicos causados desde entonces se reputan llevados á cabo en provecho ó en daño del heredero, como si éste los hubiese ejecutado.

Sin embargo, no lo entienden así todos los tratadistas, y aun algunos Códigos, como el de Vaud, sancionan el principio de que ninguna prescripción cabe contra los herederos ni contra los acreedores hereditarios mientras no se hubiere nombrado curador de la herencia y durante el tiempo concedido á los herederos para aceptarla ó repudiarla.

Derívase la doctrina consignada en este artículo de la teoría de la herencia yacente, conocida ya en el derecho romano (1) y que todas las legislaciones han respetado y reproducido. Y como la disposición legal en él establecida se limita á una declaración de derecho que tiene su fundamento en principios generales propios de la materia de sucesiones, que ya explicamos en su lugar oportuno, nos remitimos á lo entonces dicho, por ser innecesaria

(1) V. ley 1.ª, tít. 2.º, libro 29 del Digesto.

toda nueva consideración para la recta inteligencia y justificación de su precepto.

Concordancias. — Concuerda el presente artículo con los 2258 y 2259 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2119 del de Italia, con el 2023 del de Holanda, con el 3487 del de la Luisiana, con el 3978 del de la República Argentina y con el 1660 del de Vaud, salvas las diferencias ya indicadas.

ARTÍCULO 1935

Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada; pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo.

Entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido.

No sólo se acomodan los preceptos de este artículo á la naturaleza de la prescripción, sino que la doctrina establecida en ellos y los principios en que se inspiran habían sido reconocidos ya, con anterioridad, repetidamente por la jurisprudencia de los Tribunales.

Dos son las disposiciones que comprende el artículo objeto de nuestro actual examen. En la primera se sanciona y eleva á precepto positivo una regla de derecho, admitida de antiguo no sólo en nuestra legislación (1), sino también en la romana (2), de la que trae su origen, cuya regla de derecho se halla en un todo conforme con la naturaleza jurídica de la prescripción.

En efecto, es ésta de derecho público por hallarse establecida principalmente en pro de un interés social, y en su virtud, no puede admitirse la renuncia de ella de antemano y con carácter general, pues si esto fuera posible llegaría á ser completamente ineficaz dicha institución, porque en todos los contra-

(1) V. ley 3.ª, tít. 11, libro 2.° del Fuero Real.
(2) V. ley 1.ª, tít. 3.°, libro 41 del Digesto.

tos se exigiría esa renuncia. Como sucede con el derecho á los alimentos, nadie puede renunciar al derecho de prescribir para lo futuro, porque lo que es de interés ó de orden público no puede derogarse por convenios particulares de las partes interesadas en ello.

No sucede lo mismo con la prescripción ya ganada, porque entonces existe creado un derecho de orden puramente particular ó privado, cuya subsistencia únicamente interesa al que hubiere adquirido ese derecho, y no afectando al derecho público ó al interés social puede renunciarle, como cualquier otro derecho que forme parte de su peculiar patrimonio, sin que por ello pueda causarse perjuicio alguno á la sociedad. Por eso la ley debe permitir esa renuncia, y el Código la autoriza reconociendo, en el primero de los preceptos de este artículo, la facultad que toda persona capaz tiene para renunciar dicha prescripción. La que no ha de renunciarse es la futura, y menos aún puede hacerse dicha renuncia en perjuicio ó daño de un tercero, pues en dicho caso los acreedores y demás personas que tengan interés en hacer valer la prescripción conservarán la potestad de utilizarla aun cuando la hubiesen renunciado el deudor ó dueño, según veremos al estudiar el art. 1937; y en su virtud, la renuncia que de ella se hiciera, en cuanto no afecte á la ya ganada, será nula como contraria á derecho.

La segunda de las disposiciones de este artículo es la consignada en el párrafo también segundo del mismo, en la que viene á precisarse lo que debe entenderse por renuncia tácita de la prescripción. Siendo una determinación propia de la voluntad la renuncia de la prescripción ya ganada, como la de los demás derechos renunciables, puede llevarse á efecto de dos modos ó maneras distintas; una expresa y otra tácita. La primera de ellas no puede ofrecer duda alguna y requiere siempre la manifestación explícita y terminante de la voluntad y la determinación del derecho renunciado; en la segunda, por el contrario, dicha voluntad, y lo mismo el derecho renunciado, ha de deducirse de los actos llevados á cabo por el prescribiente, enten-

diéndose renunciada tácitamente la prescripción cuando dicha renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido.

Este precepto es una aplicación lógica de la teoría del consentimiento tácito á la renuncia del derecho indicado, y aun cuando parece que huelga, pues, la declaración hecha en él, es la consecuencia de principios jurídicos expuestos con anterioridad, no deja, sin embargo, de ser conveniente su expresión en la ley para evitar dudas y confusiones; y en cuanto á la justificación del mismo nada tenemos que añadir á lo dicho, pues la expresión de la voluntad por medio de los actos ó en la forma á que se refiere el artículo, no es menos enérgica y positiva que la hecha por simples palabras.

¿Á quién corresponderá la prueba de la existencia de esos actos demostrativos de la voluntad tácita ó del abandono del derecho adquirido? La ley no lo dice porque deja sometida esta cuestión á las reglas generales sobre la prueba de las obligaciones y de su extinción. El que alegue, pues, el hecho de que se derive la suposición de dicho abandono, ó afirme su existencia, es el que debe probar porque la prueba incumbe al que afirma.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 2220 y el 2221 de los códigos de Francia y Bélgica, con el 2107 y el 2108 del de Italia, con el 508 del de Portugal, con el 1502 del de Austria, con el 1150 y 1151 del del Uruguay, con el 2255 del de Bolivia, con el 2494 y el 2495 del de Chile, con el 3424 del de la Luisiana, con el 2423 al 2425 del de Veracruz-Llave, con el 1630 y el 1631 del de Vaud, con el 1984 y el 1985 del de Holanda, con el 1171 al 1174 del de Méjico, con el 3965 del de la República Argentina, con el 1065 al 1068 del de la Baja California, y con algunos otros.

ARTÍCULO 1936

Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

Este es el artículo más importante del presente capítulo y aun puede decirse que de todo el título de que forma parte, pues en él se determina cuáles sean las cosas que pueden ser objeto de prescripción, materia sobre la que han estado en desacuerdo los tratadistas y las legislaciones, siendo todavía punto discutible principalmente entre los primeros. Unos afirman que pueden ser objeto de prescripción todas las cosas sin limitación alguna, y otros, por el contrario, impugnan la generalidad de ese criterio sosteniendo que hay cosas no prescriptibles por sí mismas, como son las que pertenecen á todo el mundo, y, por lo tanto, no son susceptibles de apropiación particular; que otras tampoco pueden ser prescritas por razón de su destino ó de su naturaleza, como sucede con las que están fuera del comercio de los hombres; y que hay otras imprescriptibles también en consideración á las personas que las poseen, ó á quienes pertenecen.

No hemos de detenernos en la crítica ni aun en el examen de dichas teorías, pues hoy, después de las modificaciones introducidas por el Código en nuestro antiguo derecho relativas á esta materia, resultaría ocioso dicho trabajo, toda vez que partimos en estos comentarios del derecho positivo vigente; pero no está demás indicar que nuestras antiguas leyes limitaban considerablemente el alcance ó la extensión de la prescripción en cuanto á las cosas que podían ser objeto de ella, estableciendo numerosas excepciones, ya absolutas, ya relativas, pues unas cosas no podían prescribirse por término alguno, y otras requerían un lapso de tiempo mayor que el ordinario para que pudieran ser ganadas ó perdidas por prescripción.

Así, por ejemplo, las leyes 6.ª, 7.ª y 29 del tít. 29 de la Partida 3.ª, declaraban imprescriptibles las cosas llamadas sagradas, la jurisdicción, las contribuciones, los bienes de aprovechamiento común de los pueblos y algunos otros; pero no todas esas excepciones eran absolutas, sino que se referían á la prescripción ordinaria, constituyendo la especialidad de las mismas la necesidad del transcurso de mayor término para que se causase la pres-

cripción, por lo que era conocida con el nombre de extraordinaria. Conforme con dicho sistema prescribían por treinta años las cosas de los menores de edad, por cuarenta las de las ciudades y villas, y los inmuebles de las iglesias (1), y los muebles de ellas á los tres, excepción hecha de aquellos pertenecientes á la Iglesia romana, los cuales sólo podían perderse por prescripción á los cien años cumplidos, y en cuanto á los bienes patrimoniales no podían tampoco prescribirse sino por tiempo inmemorial (2).

Hoy todo este estado de derecho ha desaparecido por virtud de la amplitud dada por el Código al precepto consignado en el presente artículo, según el que pueden ser prescritas todas las cosas que estén *en el comercio de los hombres.*

Esta condición impuesta por la ley como única limitación á la prescripción adquisitiva, tiene su fundamento en la propia naturaleza de la misma, pues, como ha dicho el Sr. Falcón (3), siendo la prescripción una institución civil, y perteneciendo á la ley civil las cosas que constituyen el patrimonio particular del hombre, se deduce que por este modo sólo se pueden adquirir las cosas susceptibles de dominio privado, ó sean las que están en el comercio humano. Cuáles sean éstas no necesitamos decirlo, porque desde luego se comprende que con la amplitud de los términos del artículo que examinamos, se hace referencia á todas aquellas cosas cuya transmisión no estuviere prohibida por la ley, y que son susceptibles de una exclusiva apropiación.

Réstanos indicar para dejar perfectamente definido el alcance ó la extensión del precepto consignado en dicho artículo, que aun aquellos bienes excluídos de la prescripción por la ley en consideración á determinadas condiciones de las personas á quienes pertenezcan, por privilegiadas que estas sean, pueden llegar á ser prescriptibles siempre que vengan á colocarse por interven-

---

(1) V. Leyes 7.ª y 29 del tít. 29 de la Partida 3.ª

(2) V. Ley 4.ª, tít. 8.º, libro 9.º de la Novísima Recopilación.

(3) V. Exposición doctrinal del derecho civil, común y foral. Tercera edición; tomo 4.º, pág. 529.

ción de ellas ó por cualquiera otra causa dentro de las condiciones que les hagan susceptibles del comercio de los hombres. No todos los autores opinan del mismo modo; pero la doctrina dominante en la teoría es la que hemos indicado, la cual, además, es también la que más conforme se halla con el espíritu de la disposición legal de que nos ocupamos.

Inspirándose en el criterio seguido por algunos Códigos extranjeros, como el de Francia, el de Holanda, el de Vaud y el de la Luisiana, algunos de los cuales exigen de una manera expresa, para la prescripción, que la cosa prescriptible sea enajenable ó que su enajenación no esté prohibida por razón de privilegio de parte de su propietario, el proyecto de Código de 1851, en su artículo 1957, establecía que podía prescribirse todo lo que está en el comercio de los hombres *á no prohibirlo alguna ley especial*, determinando de este modo la limitación que antes hemos indicado. Pero, aunque el concepto es el mismo y no existe diferencia en cuanto á su esencia entre el proyecto citado y el Código vigente, los autores de éste prescindieron de dicha expresión por considerarla innecesaria, toda vez que consignada se halla dentro del principio jurídico establecido en el presente artículo, porque aquellas cosas cuya enajenación está prohibida por la ley no se hallan en el comercio humano, y, por lo tanto, no son susceptibles de prescripción aunque no se exprese así por la ley, resultando, en su virtud, innecesaria la expresión de dicha excepción.

La doctrina establecida por el nuevo Cuerpo legal, se halla en un todo conforme con la jurisprudencia reciente de nuestro Tribunal Supremo, la cual ha venido á confirmar aun más el principio indicado, poniendo término á las dudas y controversias que su inteligencia suscitara.

No creemos que en adelante pueda haber cuestión ni dificultad alguna sobre ello, dada la precisión y la claridad de los términos en que la ley ha establecido la regla que sirve de norma para dilucidar cuales sean las cosas que pueden ser materia ú objeto de la prescripción, y por eso no insistimos más en este

punto, pues creemos ociosa toda nueva consideración respecto de ello.

Concordancias.—Salvas las diferencias que ya hemos indicado, y que no afectan á la esencia de su precepto, el presente artículo concuerda con el 2226 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2113 del de Italia, con el 1190 del de Holanda, con el 1455 del de Austria, con el 1635 del de Vaud, con el 3463 del de la Luisiana, con el 1167 del de Méjico, con el 3952 del de la República Argentina, con el 631 del de Guatemala, con el 1154 del del Uruguay, con el 2498 del de Chile, con el 1061 del de la Baja California y con algunos otros.

ARTÍCULO 1937

Los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla á pesar de la renuncia expresa ó tácita del deudor ó propietario.

Ya hemos hecho algunas indicaciones sobre la disposición de este artículo, la cual se funda en un principio de orden moral que por nadie puede ser puesto en duda, y cuya justicia es indiscutible.

Como la prescripción puede dar por resultado la liberación de una obligación ó la adquisición de un derecho ó de una propiedad, es indudable que la renuncia del beneficio propio de la prescripción puede dar por resultado un perjuicio evidente para los acreedores del prescribiente, porque mediante ella pueden perder y pierden seguramente uno de los medios de llegar á la efectividad de sus respectivos créditos.

La ley no podía dejar éstos á merced de la voluntad ó de la mala fe del deudor, que con deliberado propósito de perjudicarlos hiciera la renuncia de la prescripción, expresa ó tácitamente, defraudando en sus intereses á los acreedores; y para evitarlo les concedió el derecho de hacer valer la prescripción uti-

lizándola á pesar de la indicada renuncia, lo cual, no es más que una lógica consecuencia de principios y preceptos con anterioridad establecidos en el Código, según los que los acreedores del renunciante pueden ejercitar y hacer valer los derechos y acciones de su deudor que no sean pura y exclusivamente personales del mismo.

No se limita el artículo á conceder ese derecho únicamente á los acreedores, sino que le hace extensivo á todas aquellas personas que tengan algún interés en hacer valer la prescripción renunciada por el prescribiente. Y la razón de esa ampliación es clara y fácilmente perceptible por todos, pues en el mismo caso y en las mismas circunstancias que el acreedor, se encuentran las demás personas interesadas en que dicha prescripción prospere y surta todos sus efectos jurídicos, porque según ha dicho García Goyena comentando el art. 1942 del Proyecto de 1851 «el interés es la medida de la acción y de la excepción», en este punto; y, por lo tanto, si unos y otros se encuentran en igual caso ó en identidad de circunstancias, por la misma razón deben tener igual derecho, y con el mismo fundamento podrán utilizar la prescripción indicada.

Así, por ejemplo, el fiador del prescribiente que puede verse en el caso de tener que responder de la obligación afianzada y hacerla efectiva en defecto del deudor por haberse privado éste, mediante la renuncia de la prescripción, de la excepción que constituye la extinción del crédito por la liberatoria, ó de los medios de pago que representan los bienes ganados en otro caso por la adquisitiva, quedaría defraudado en sus intereses ó en sus derechos, quedando á merced de la buena ó mala fe de su fiado, si no pudiera utilizar por él y en propio provecho la prescripción citada, á pesar de la renuncia expresa ó tácita que de ella hubiere hecho el deudor ó propietario.

Del mismo modo el usufructuario de una finca puede resultar perjudicado por la renuncia de la prescripción por parte del propietario, ó por la falta de utilización de la misma en el caso de que éste no la opusiere pudiendo hacerlo, y por las razones

y los motivos antes expuestos hay que reconocerle el derecho de hacer valer dicha prescripción por el interés que en ello tiene para poder conservar el dominio útil de la finca que usufructúa.

Cuanto hemos dicho del fiador y del usufructuario, es extensivo á todas las demás personas interesadas en la subsistencia y efectos de la prescripción renunciada, y del mismo modo podrán utilizarla ó hacerla valer. Otros varios casos podríamos citar; pero bastan los expuestos para la justificación del precepto que examinamos.

El proyecto de Código de 1851, en el artículo antes citado, decía que á pesar de la renuncia expresa ó tácita de la prescripción, podían *oponerla* los acreedores ó cualquiera otra persona interesada en hacerla valer; pero el Código vigente, separándose de dicha locución, dice que podrán *utilizarla*, en lo cual ha sido más propio, puesto que la prescripción puede ser, no sólo opuesta como excepción, sino invocada ó alegada como fundamento de la acción. En ambos conceptos puede ser *utilizada*, y esto es lo que quiere decir el artículo con el empleo de este término, con lo que ha venido á hacerse imposible la duda que en otro caso podía suscitarse acerca de si el derecho concedido á los acreedores y demás personas citadas en el artículo, se limitaba tan sólo á la oposición de la prescripción como excepción.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 2225 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2112 del de Italia, con el 509 del de Portugal, con el 1987 del de Holanda, con el 1633 del de Vaud, con el 1153 del del Uruguay, con el 2427 del de Veracruz-Llave, con el 3963 del de la República Argentina, con el 2257 del de Bolivia, con el 2496 del de Chile, con el 3426 y 3429 del de la Luisiana, con el 1175 del de Méjico, con el 1069 del de la Baja California y con algunos otros.

ARTÍCULO 1938

Las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código ó en leyes espe-

ciales se establezca respecto á determinados casos de prescripción.

Según expusimos en las indicaciones con que encabezamos el estudio del presente capítulo, consigna el Código en este artículo una salvedad de todo punto necesaria, y cuyo fundamento se deriva de las especiales razones que en algunos casos imponen un régimen distinto para la prescripción. En efecto; la diversa naturaleza de aquellas materias que por motivos diferentes escapan á las prescripciones generales y comunes del derecho, exigiendo para su regulación leyes ó preceptos especiales, privativos ó exclusivos de su peculiar objeto, puede aconsejar también el establecimiento de reglas distintas para la prescripción en dichas materias. Y como de no autorizarse por la ley de una manera expresa esa excepción, podría suponerse que en dicho caso había de regir la norma común, dados los términos y el carácter de generalidad de la misma, los autores del Código, previendo la dificultad que por este motivo pudiera suscitarse, estimaron conveniente y aun necesaria la determinación de dicha excepción, respetándose con ella las disposiciones establecidas, ó que se establecieran en adelante, respecto de esos especiales casos de prescripción.

Con ello no hacía el Código más que respetar y guardar principios ya sancionados por el mismo al dar fuerza y vigor á esas leyes especiales que, á pesar de la generalidad del nuevo Cuerpo legal, habían de subsistir y coexistir con el mismo por la peculiar naturaleza de la materia objeto de las mismas, toda vez que el mismo fundamento que justifica la especialidad de sus preceptos es lo que determina y abona la diferencia en las reglas de la prescripción en dichos casos.

Por eso después de haber establecido en los artículos anteriores de este capítulo la doctrina común, ó las disposiciones generales de la prescripción en sus dos modalidades ó formas, necesaria era la indicación de la excepción expuesta para evitar dudas y confusiones, precisando, como en el precepto que exa-

minamos se precisa, que las reglas generales contenidas en todo este título no perjudican, ni pueden perjudicar, á las que en otros lugares del mismo Código ó en leyes distintas no derogadas existan, referentes á casos especiales de prescripción, como sucede con la de los delitos y penas, con la de las deudas y créditos del Estado y contra el Estado, y con todos los demás que están sujetos á una legislación especial ó independiente.

Y como la excepción establecida en el artículo es extensiva, no sólo á la prescripción, como modo de adquirir, sino también á la extintiva ó liberatoria, su lugar oportuno era el capítulo consagrado á las disposiciones generales sobre la prescripción, y dentro del mismo el puesto que ocupa, ó sea después de las que determinan la doctrina y la norma común á las dos clases ó modalidades de dicha institución jurídica, cual corresponde á su fin, que es el de armonizar las excepcionales disposiciones sobre prescripción, esparcidas en diferentes artículos del Código ó en leyes especiales, con las reglas generales consignadas en el presente capítulo, dejando á salvo, á pesar de éstas, los preceptos ya establecidos en contrario á ellas con anterioridad, ó que en lo sucesivo pudieran establecerse.

Uno de esos casos especiales de prescripción que deja á salvo este artículo, es el sancionado en el párrafo 2.º del 44, según el que, sólo puede ser ejercitada dentro de un año, contado desde la negativa para la celebración del matrimonio, la acción para pedir el resarcimiento autorizado por el mismo contra el que sin justa causa rehusare casarse cuando la promesa de matrimonio se hubiere hecho en documento público ó privado por un mayor de edad, ó por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento fuere necesario para la celebración del mismo, ó cuando se hubieren publicado las proclamas correspondientes.

Otro de dichos casos se encuentra en el precepto del art. 113, que limita á dos, tres ó seis meses, según los casos, el término para el ejercicio de la acción concedida al marido ó á sus herederos para impugnar la legitimidad del hijo en los casos en que proceda.

También constituye otro de los casos de excepción la disposición contenida en el art. 118, en el que se establece el plazo de duración de la acción que corresponde al hijo ó á sus causahabientes para reclamar la legitimidad del mismo. Lo propio decimos en cuanto al término fijado en el art. 133, para que el menor de edad pueda impugnar el reconocimiento que de él hicieren el padre ó la madre, y en el 137, para deducir la acción de reconocimiento del hijo después de la muerte del padre ó de la madre, si con posterioridad á su fallecimiento apareciere algún documento, de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan éstos expresamente á aquél.

Otro caso de excepción se halla en el art. 180 en cuanto al plazo concedido al menor de edad y al incapacitado, que hubieren sido adoptados, para impugnar la adopción hecha; y también merece este concepto la disposición del art. 287, que limita á cinco años, á contar desde la conclusión de la tutela, la subsistencia de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al menor por razón del ejercicio de la misma.

Es también uno de esos casos de excepción, aquel á que se refiere el art. 369, según el que sólo puede ejercitarse en el término de un mes el derecho que tiene el dueño de los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas, para reclamarlos del propietario del terreno á donde vayan á parar, previo el abono de los gastos ocasionados en recogerlos ó ponerlos en lugar seguro si fueren reclamados.

Otros varios pueden hallarse en el art. 537 que, modificando lo dispuesto en la ley 15, tít. 31 de la Partida 3.ª, exige en todo caso el transcurso de veinte años para la adquisición por prescripción de las servidumbres contínuas y aparentes, y en el 615 que fija en dos años el derecho del dueño de una cosa mueble, que no sea tesoro, hallada por un tercero para recobrarla ó percibir en su caso el precio de su venta, previo abono de los gastos, así como en el 646 que establece el término de cinco años para prescribir la acción de revocación de las donaciones por supervivencia de hijos, y en el 652, conforme al cual prescribe

la acción concedida al donante para revocar la donación por causa de ingratitud al año, contado desde que aquél tuvo conocimiento del hecho determinante de la ingratitud, y posibilidad de ejercitar la acción.

Constituyen también otras tantas excepciones de las reglas generales de la prescripción y habrán de regirse por las disposiciones especiales que los regulan, los casos á que se refieren los artículos 689 y 1076 de este Código, en el primero de los cuales se señala el plazo dentro del que deben ser presentados para su debida protocolización los testamentos ológrafos, y en el segundo, se fija tan sólo en cuatro años la acción para pedir la rescisión de la partición de herencia por causa de lesión, á contar desde que fuere hecha dicha partición. Otro tanto podemos decir de los consignados en los artículos 1299 y 1301, que establecen el término de cuatro años para el ejercicio de la acción rescisoria de los contratos y para la de nulidad, y en el 1472 que reduce á seis meses el plazo para la prescripción de las acciones que nacen de los tres artículos que le preceden, así como en el 1483 que limita á un año el ejercicio de la acción á que el mismo se refiere. Y por último, también se ven ejemplos de dichas excepciones en los artículcs 1490, 1508, 1530 y 1591.

Todas las especialidades que hasta ahora hemos mencionado hacen relación á disposiciones propias de la legislación común; pero también podríamos citar otras que tienen su sanción en leyes especiales, como la de la Contabilidad de la Hacienda pública, por lo que se refiere á los créditos contra el Estado, y algunas otras.

Concordancias.—El presente artículo concuerda con el 2264 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1186 del de Méjico, con el 645 del de Guatemala y con el 1078 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1939

La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al

mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.

Como á la publicación del nuevo Cuerpo legal podían existir prescripciones comenzadas antes y no concluídas aún, los autores del Código tuvieron necesidad de preocuparse de este problema jurídico para dar al mismo la solución más conveniente y más conforme á los principios de equidad y de justicia que siempre hubieron por norma y en los que procuraron inspirarse en todas las ocasiones. Para ello dos sistemas ó dos procedimientos distintos se ofrecían á su consideración: uno, el dejar la solución á los principios generales adoptados como reglas transitorias para regular el paso del antiguo al moderno derecho; otro, el dictar una disposición especial que expresamente armonizara las antiguas normas de la prescripción con las nuevas fórmulas establecidas por el Código para dicha institución, en razón á tratarse de un acto ó de una relación jurídica, que, teniendo su orígen antes de la vigencia de aquél, no había de quedar legalmente terminado ni surtir sus naturales efectos hasta algún tiempo después.

Este último criterio fué el seguido en el Código francés, en el holandés y en algunos otros, y ese fué el adoptado también por la Comisión redactora del nuestro, siendo ésta la razón y la causa del artículo que examinamos, en el que á la vez que se respetan las leyes á cuya sombra ó bajo cuyo imperio nació ó tuvo principio la prescripción, se concilian los efectos de la misma con los intereses creados por el nuevo Cuerpo legal, al cual en determinados casos se le da para ello efecto retroactivo en beneficio del que ejercita la prescripción.

Tanto nuestro Código como la generalidad de los que le precedieron en el Extranjero, han pagado tributo al principio de la no retroactividad de las leyes, disponiendo que la prescripción comenzada con anterioridad á la promulgación del nuevo

cuerpo legal se rija por el estado de derecho vigente al tiempo en que tuvieron principio, pero como pudieran resultar perjuicios con ello en el caso de que la ley posterior fijara un tiempo menor para la prescripción adquisitiva ó mayor para la extintiva, se establece á beneficio de las personas interesadas en dichas prescripciones, y á título de derecho transitorio, el principio consignado en la segunda parte del presente artículo, según el que se considerará completada y perfecta, con el fin de no alargar más la inseguridad y la indeterminación de os derechos que hay siempre en las cosas comenzadas á prescribir, ó que son objeto de prescripción, cuando desde que fué puesto en observancia el Código civil hubiere transcurrido todo el tiempo exigido por el mismo para la prescripción de la cosa que se estuviere prescribiendo. Y en su virtud, surtirá aquélla todos sus efectos jurídicos, aunque el plazo fijado en el derecho antiguo no estuviere cumplido por requerir para ello las anteriores leyes un mayor lapso de tiempo. Es decir, que el derecho anterior al Código rige tan sólo en cuanto favorezca ó no perjudique á las prescripciones comenzadas y no terminadas á la publicación del mismo.

El fundamento de dicha disposición está en la consideración, que desde luego ofrece el estudio reflexivo de la misma, de que la prescripción comenzada y no concluída no es un derecho creado ó adquirido ya, sino una mera espectativa, una esperanza, cuyo cumplimiento ó realización depende de una multitud de eventualidades; y como no es un derecho adquirido, no puede estimarse sujeta su regulación á la legislación que antes rigiera y bajo cuyo imperio quedara perfeccionado dicho derecho, ó el acto jurídico de que tuviera origen, ó al que debiera su nacimiento.

Portalis sosteniendo el precepto del art. 2281 del Código francés, menos feliz en su redacción que el que examinamos, daba en breve síntesis las razones que abonan la aplicación á la prescripción anterior más larga, el término más breve de la ley nueva, diciendo que el derecho del propietario contra el cual se hubiere comenzado ya la prescripción, no es más ni menos res-

petable que el de aquel en cuyo perjuicio no exista principiada prescripción alguna, respecto del cual habría de regir el plazo establecido por dicha ley nueva.

No puede desconocerse la razón de equidad en que esa alegación se funda, pues no hay motivo jurídico alguno para hacer de peor condición al propietario contra el que no existía ninguna prescripción pendiente á la promulgación del Código, que al dueño de la cosa cuya prescripción hubiera ya comenzado, á pesar de ser más favorable la situación de aquél que la de éste. Lo respetable del derecho, ha dicho García Goyena, no varía porque la prescripción requiera mayor ó menor número de años. Teniendo, pues, en cuenta la indicación de dicho comentarista del proyecto de 1851, fácilmente se comprende cuán fundada es la disposición consignada en este artículo de nuestro Código.

Parece tomado el mismo del 2414 del Código sardo, según la semejanza que se observa en la redacción de uno y otro, y con su sencillez y claridad ha venido á evitar las dudas que motivó el 2281 del de Francia, y las dificultades que ofrecía el 2030 del de Holanda al establecer en términos absolutos y generales que las prescripciones comenzadas antes de su publicación habían de regirse por las disposiciones del mismo, sin distinguir entre aquellas respecto de las cuales fueran más beneficiosas ó no las disposiciones de la nueva ley, con lo que se perjudicaba indudablemente á los que se encontraban en el primero de dichos casos.

El precepto que examinamos se halla en un todo conforme con la regla 4.ª de las disposiciones transitorias del Código, que da efecto retroactivo á los preceptos del mismo, aun respecto de las acciones y derechos nacidos ya con anterioridad á su publicación, pero no ejercitados al empezar á regir el mismo, en cuanto dichas disposiciones se refieran al ejercicio, duración y procedimientos para hacer valer las acciones y los derechos indicados. Así resulta reconocido por la doctrina establecida en sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1903.

Por el mismo Tribunal se ha declarado además en sentencia de 22 de Junio de 1904, que si bien la prescripción comenzada

antes de la publicación del Código civil se rige por las disposiciones anteriores al mismo, según lo dispuesto en este artículo, surte aquélla su efecto si desde que fué puesto en observancia dicho cuerpo legal transcurriese todo el tiempo en él exigido para que la cosa sea prescrita sin distinción de casos ni de prescripciones.

Según ha dicho también el citado Tribunal en sentencia de 16 de Enero de 1897 la disposición del presente artículo se refiere á todas las variaciones esenciales que en materia de prescripción haya podido introducir el Código con relación á la legislación anterior en este punto, cuyo carácter sustancial no puede atribuirse al precepto del art. 1946 del mismo.

Concordancias.—El proyecto de 1851 propuso un precepto análogo y concuerda además este artículo salvas las modificaciones indicadas con el 2281 del código de Francia y Bélgica, con el 564 al 566 del de Portugal, con el 2030 del de Holanda, con el 1683 del de Vaud, con el 4051 del de la República Argentina, y de los antiguos códigos italianos con el 2187 del de Nápoles y con el 2414 del Sardo, como tenemos indicado.

CAPÍTULO II

De la prescripción del dominio y demás derechos reales.

Después de establecer el Código en el capítulo primero del presente título las disposiciones generales comunes á la prescripción adquisitiva y á la extintiva ó liberatoria, se ocupa en éste, especialmente, de la primera de ellas, determinando con toda precisión las reglas peculiares por las que se rige; y desde luego se observa que todas ellas responden al concepto que anteriormente tenemos expuesto y que ha sido en todo

tiempo en nuestro derecho la razón fundamental de la prescripción, considerada como medio de adquirir.

Ese concepto de la prescripción, que hace adquirir el dominio y los demás derechos reales sobre las cosas susceptibles de ella, es una idea de todos los tiempos, que se impone desde luego al legislador. Por esto la encontramos desde sus orígenes más remotos en la legislación romana, de cuya fuente la han tomado todos los Códigos, si bien en un principio tenía la prescripción dos formas distintas, dependientes de la diversa condición de la ciudadanía en dicha nación, maestra en la ciencia del derecho. De esas dos formas, la más antigua era la usucapión, propia y exclusiva del derecho civil, que hacía del ciudadano las cosas muebles y aun las inmuebles del *suelo itálico;* conociéndose además posteriormente la prescripción, la cual correspondía más propiamente al derecho de gentes, y recaía sobre los fundos provinciales que no se regían por la ley civil romana, adquiriéndose por consecuencia de ella una propiedad que no era igual al dominio quiritario producido por la otra. Pero cuando la ciudadanía se extendió á todos los habitantes del Imperio y la ley civil fué la ley común para todos ellos, entonces se confundieron la usucapión y la prescripción, entrando en el derecho novísimo como una sola institución, creadora del dominio mediante el lapso del tiempo en la posesión.

Así es que, todos los jurisconsultos romanos y con ellos las leyes (1), definían la prescripción como la *adjectio domini per continuationem posesionis temporis lege definiti;* y esa misma idea nos dan las Partidas, en el proemio del tít. 29 de la 5.ª de ellas, al definirla como el medio de adquirir un derecho por el lapso de tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley; definición en la que hay una evidente redundancia que vino á corregir el Código en su art. 1930, al prescindir en su redacción de lo del lapso del tiempo, porque el transcurso de éste constituye una de esas condiciones que la ley determina, la más importante

(1) Ley 3.ª, tít. 3.º, libro 41 del Digesto.

de todas, puesto que es la fundamental y la que le imprime su especial carácter.

En esta idea fundamental de la prescripción adquisitiva están conformes todas las legislaciones, pues unánimemente consideran la adquisición del dominio, ó de los demás derechos reales ganados por ella, como un efecto justo y necesario de la posesión continuada por espacio de cierto tiempo, cuyo transcurso da origen á la presunción legal que, según tenemos dicho, es la razón jurídica de dicha prescripción, la cual acredita como dueño al que *de hecho* viene ejercitando los derechos dominicales.

Ya en otra ocasión hemos apuntado la idea de que tanto la prescripción extintiva como la adquisitiva y especialmente ésta han sido objeto de severa impugnación, considerándosela como una institución contraria á la propiedad y *autorizada tan sólo para amparar el despojo;* pero el estudio reflexivo de la misma convence de que no sólo no está en contradicción con la ley natural y con la razón, sino que, además, es muy conveniente su mantenimiento en la ley civil, porque contribuye á afirmar la propiedad, alejando la confusión y el desorden de la sociedad, y hasta tal punto se ha considerado y se considera así, que por algunos, exagerando este concepto, se ha llegado á estimar la prescripción en sus dos distintas modalidades como el apoyo más firme del dominio y la garantía más segura de la propiedad.

Como ha dicho el Sr. Falcón, la prescripción objeto de nuestro actual estudio, sería la sanción del despojo si la ley concediera á un acto cualquiera de violencia ó de posesión la eficacia necesaria para legitimar el dominio, invadiendo los sagrados derechos del dueño; pero la prescripción legal adquisitiva no es eso, sino la posesión continuada por largo espacio de tiempo y llevada á efecto jurídicamente mediante determinados títulos y requisitos.

El autor citado justifica la prescripción en términos tan claros y con razones tan potentes, que bastan á alejar toda duda acerca de ello. Según él la prescripción no hace más que resolver, en nombre de la equidad y del bien común, una cuestión

pendiente entre dos personas, de las cuales, una tiene á su favor sólo un título y la otra título y posesión, y la prescripción decide á favor de la segunda dicha cuestión, ó sea la propiedad, porque reune condiciones y circunstancias más atendibles, toda vez que á un título que le permite creerse legítimo dueño de las cosas, añade el hecho de ser tal dueño en el concepto público, pues á tanto equivale la posesión no interrumpida durante cierto número de años. El poseedor, dice, reune el hecho y el derecho, el dominio y el ejercicio de éste, mientras que el simple propietario, por virtud de un título legal, sólo tiene el derecho pero no el ejercicio del derecho.

Otros autores defendiendo también de dichos ataques á la prescripción adquisitiva, han venido á establecer, como unánime conclusión, que esta es «una de esas instituciones útiles y sumamente saludables sobre las que descansan la tranquilidad individual y la tranquilidad pública, la seguridad de las familias y el orden del Estado, y que debe ser proclamada como un dogma y respetada como un derecho sagrado por todas las naciones, pues sin esa salvaguardia y sin esa seguridad, la propiedad no podría subsistir ni los derechos tendrían certidumbre».

Y la prueba de la justificación y de la utilidad de la prescripción adquisitiva, está también en que todos los pueblos cultos la reconocen y sancionan en sus Códigos, sin que haya sido obstáculo para ello la impugnación hecha á los mismos por los motivos indicados. Nuestra antigua legislación como la moderna, estableció igualmente desde sus primitivos orígenes, la prescripción como medio legítimo de adquirir el dominio, encontrándose vestigios de ella en el Fuero Juzgo (1), en los Fueros municipales (2), en el Fuero viejo (3), en el Fuero Real (4), en

(1) V. Leyes 4.ª, 6.ª y 7.ª, tít. 2.°, del libro 10.
(2) V. Fueros de Cuenca y Alcalá.
(3) V. Leyes 2.ª, 3.ª, 4.ª, 7.ª, 8.ª y 9.ª, tít, 4.°. del libro 4.°
(4) V. Ley 1.ª, tít. 11, del libro 2.°

las leyes del Estilo (1), y aun en el Ordenamiento de Alcalá (2), llegando á su pleno desarrollo dicha institución en las leyes de Partidas, que importaron á nuestro derecho las doctrinas de los Códigos romanos, según las que era la prescripción legal modo de adquirir el dominio y toda clase de derechos, siempre que reuniese los requisitos de justo título, buena fe y posesión pacífica y no interrumpida durante cierto tiempo.

Justificada ya la prescripción adquisitiva, pasemos al examen de las disposiciones que la regulan, objeto especial del presente capítulo.

ARTÍCULO 1940

Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley.

I. *Razón jurídica del precepto de este artículo.*—Es una idea que hemos apuntado en las indicaciones con que encabezamos el estudio de este capítulo, que la prescripción, para no constituir la sanción del despojo, debe estar revestida de determinados requisitos que legitimen y abonen el efecto jurídico de la misma; y de acuerdo con este principio, todas las legislaciones han procurado adoptar las precauciones debidas para evitar que el fraude pudiera llegar á ser amparado por dicha institución. Era, pues, indispensable la fijación de los requisitos que deben concurrir en la prescripción, y ese es el objeto de este artículo, constituyendo dicha necesidad la razón jurídica de su precepto.

Nuestras antiguas leyes se cuidaron más de consignar el principio capital de la prescripción, que de determinar las condiciones que debía reunir, hasta que las Partidas reprodujeron los preceptos del derecho romano que exigía los mismos requisitos que el nuevo Cuerpo legal. Según éste, para la prescripción

(1) V. Ley 212.
(2) V. Ley 1.ª, tít. 9.º

ordinaria del dominio y demás derechos reales, son necesarios los requisitos siguientes:

1.° Posesión de la cosa ó derecho objeto de la prescripción.

2.° Buena fe en el que posee.

3.° Justo título por parte del mismo; y

4.° Lapso del tiempo establecido por la ley.

Algunos autores añadían á estos requisitos otros dos que son comunes á todos los modos de adquirir, á saber: aptitud legal en el sujeto de la prescripción y capacidad en las cosas objeto de la misma; pero el Código ha prescindido de ellos, porque en el art. 1931 determina ya quiénes son los que pueden adquirir por prescripción, y en el 1936 las cosas susceptibles de ser prescritas. Partiendo, pues, la ley de las declaraciones de esos preceptos, que forman parte de las disposiciones generales consignadas en el capítulo anterior, y dando por supuesta la concurrencia de dichas dos circunstancias ó condiciones para que pueda tener principio la prescripción, se limita á establecer los requisitos que son precisos para que la prescripción comenzada legalmente pueda surtir sus naturales efectos.

Estos son los únicos que han de ser objeto de nuestro examen con ocasión del comentario del presente artículo, y, puesto que son varios en número, nos ocuparemos por separado de cada uno de ellos para no involucrar conceptos, y proceder con la conveniente clarida d

a) Posesión de la cosa ó derecho objeto de la prescripción.—Este requisito es el más esencial y el que sirve de fundamento ó de base á la prescripción, porque sin posesión no puede existir ésta. Hay prescripción, ha dicho un autor, «porque existe la posesión que imprime un sello indeleble al dominio señalando con su signo á los dueños de las cosas». Según Brigot Preameneu, «poseer es el objeto que se propone todo dueño; es el hecho positivo, exterior y continuo que indica el dominic; y la posesión es á la vez el atributo principal y la prueba de la propiedad».

Es la posesión, no sólo la base esencialísima de la prescripción, sino también el hecho generador de la misma, pues, en

realidad, la prescripción no es más que la confirmación y consideración de la posesión elevada por ella al estado jurídico del dominio. Así es que puede subsistir y aun ser admitida en derecho sin que concurra alguno de los otros requisitos; pero de ningún modo puede tener efecto la prescripción sin que exista la posesión por parte del que prescribe.

No toda posesión, sin embargo, puede producir la prescripción, ni tener la eficacia necesaria para invalidar los legítimos derechos del dominio, haciendo surgir éste en favor de una persona distinta del dueño. Para ello es preciso que reuna determinadas condiciones como veremos al ocuparnos del artículo siguiente. No bastan, pues, para surtir dicho efecto, los meros actos posesorios ejecutados en virtud de licencia ó mera tolerancia de aquel á quien pertenezca lo que sea objeto de prescripción, porque entonces la posesión que pudiera presumirse por consecuencia de tales actos, no es la que acompaña al dominio como uno de sus derechos inherentes, según afirman las teorías modernas.

Si bien la posesión consiste en la tenencia de la cosa por el que pretende prescribirla, ó por otro en su nombre, no basta únicamente ese hecho para que se produzcan los resultados jurídicos de la prescripción. Así es que puede decirse que no hay prescripción sin posesión; pero no toda posesión da lugar á ella, pues para que la posesión se confirme por la prescripción, y de derecho incierto, y aun revocable, se convierta en propiedad irrevocable y firme, ha de ser una posesión civil llevada á cabo en concepto de dueño, pública y pacíficamente, por el tiempo fijado por la ley y sin interrupción alguna.

El Tribunal Supremo, reconociendo la capital importancia y la necesidad de dicho requisito de la posesión para que por el transcurso del tiempo dé origen á la prescripción, tiene declarado en sentencia de 1.° de Marzo de 1904, que «para que pueda tener lugar la prescripción (como modo de adquirir), es indispensable la posesión de los bienes de que se trate, pues es fundamental en derecho que sin la posesión no puede tener efecto

la prescripción». Y se comprende bien que así sea, porque al concederle la ley los efectos que á dicha institución concede, viene á premiar el celo y el interés de los poseedores, castigando á la vez el abandono y la indolencia de los anteriores dueños.

b) *Buena fe en el que posee.*—El segundo de los requisitos que según el presente artículo son necesarios para la prescripción adquisitiva, consiste en que haya buena fe por parte del que posee la cosa objeto de la prescripción. Al estudiar el art. 1950, veremos en qué consiste dicho requisito, y, por lo tanto, nos limitamos ahora á justificar su necesidad dejando para dicha ocasión todo lo relativo á su concepto.

Para que dicho requisito produzca los efectos indicados, es preciso que la buena fe que debe concurrir en el poseyente sea fundada, no bastando para ello una creencia cualquiera destituída de fundamento, pues como ya decía la legislación de Partidas tiene que apoyarse en *una razón derecha,* ó sea en una causa bastante á producir la transmisión del dominio. Así se explica que el poseedor que adquirió la cosa poseída de quien sabía que no era dueño de ella, ó que carecía de la aptitud ó de las facultades necesarias para transmitirla, no pueda llegar á prescribir dicha cosa por el término ordinario, porque para la ley es y será siempre un poseedor de mala fe cualquiera que sea el título con que posea.

Para la generalidad de los jurisconsultos el requisito de la buena fe exigido por la ley, tanto para la mera posesión como para la prescripción determinada por el transcurso continuado de ella, guarda íntima relación con el del justo título con que se posea, hasta el punto de que no pueden producirse los efectos del uno sin la concurrencia del otro. Por eso los tratan juntos y casi todas las legislaciones los establecen juntamente, y si nosotros nos ocupamos por separado de ellos, es para facilitar su mejor inteligencia.

Desde luego se comprende ese íntimo enlace, pues la existencia del uno presupone la del otro en la generalidad de los casos, y á su vez la falta sabida ó la carencia conocida de cual-

quiera de ellos, impide que se produzcan los efectos determinados por su común concurrencia.

En efecto, desde el momento en que existe el justo título, se presume la buena fe en el poseedor, porque precisamente la existencia de aquél justifica la creencia por parte del poseedor de ser el dueño de la cosa poseída; creencia que es lo que constituye la buena fe. Por el contrario, si falta el título legítimo ó justo, como por ejemplo, si la persona de quien adquirió el poseedor la cosa poseída carecía de facultades para transmitirla, y advertido de ello el poseedor continúa poseyendo, hay que suponer necesariamente en él la falta de buena fe, toda vez que no puede existir por su parte la creencia que sirve de fundamento á ésta.

Es de advertir que, tanto el requisito de la buena fe, como el del justo título, no son necesarios más que para la prescripción ordinaria, pues sin ellos pueden prescribirse también el dominio y los demás derechos reales por la posesión no interrumpida durante treinta años.

La falta de la buena fe en la prescripción ordinaria puede ser motivo suficiente para impugnar la prescripción llevada á cabo con los demás requisitos legales. Así lo reconoció el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de Julio de 1904, en la que se estableció la doctrina de que si bien la irreivindicabilidad de los títulos al portador no obstaría á que uno de buena fe los adquiriera por prescripción sin perjuicio del mejor derecho del dueño que los reivindicara, esto no es óbice á que en el caso de una posesión fraudulenta pueda rechazarse dicha prescripción, y por consiguiente, la irreivindicación de los títulos adquiridos por ella, por no justificarse su adquisición debida y legítima en razón á no haberse llevado á cabo la prescripción con los requisitos necesarios: doctrina que es aplicable á los demás casos de prescripción adquisitiva ordinaria.

c) *Justo título por parte del que posee.*—Este es otro de los requisitos necesarios para la prescripción adquisitiva ordinaria, pues, según ha dicho un autor, «una posesión sin título es una

usurpación, un despojo; y el despojo no puede servir nunca de fundamento á un derecho.» Es, pues, necesario, para que puedan surgir los efectos jurídicos de la prescripción ordinaria, que la posesión que le da origen y la determina se legitime por la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley, no sólo por la buena fe ya dicha, sino también por el justo título. Es decir, que la posesión que sirve de fundamento á la prescripción debe apoyarse en un título justo coexistente con la buena fe en el poseedor.

Definiendo el proyecto de Código de 1851 lo que debe ser para la ley el justo título, decía que era «la causa que contiene en sí la traslación del dominio»; pero, dicha definición no era todo lo explícita y clara que debía ser, y separándose de ella los autores del Código, establecieron el precepto del art. 1952, según el que se entiendo por tal aquel que legalmente baste para transferir el dominio ó derecho real de cuya prescripción se trate. Por eso, como hemos dicho antes, no pueden servir de fundamento para la prescripción los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de mera facultad ó simple tolerancia, según lo declara el art. 1942, en razón á que en ellos falta el justo título, y, por lo tanto, no puede suponerse hecha la transmisión del dominio del dueño al poseedor.

La exigencia de este requisito es tan natural y tan lógica, que no necesita ninguna demostración la necesidad de su concurso; pero entiéndase bien que la ley no requiere que el título haya producido la transmisión, sino que baste á producirla, pues si exigiera lo primero no sería necesaria la prescripción, toda vez que la adquisición del dominio habría tenido lugar ya por efecto de dicha transmisión. Siendo capaz para transmitir el dominio el título en cuya virtud se posea basta para el efecto de prescribir, es causa suficiente para que la prescripción surta todos sus efectos. Al ocuparnos del art. 1953, ampliaremos estas indicaciones bastando por ahora á nuestro objeto lo que llevamos expuesto acerca de dicho requisito.

Este como el de la buena fe, sólo son necesarios para la pres-

cripción adquisitiva ordinaria, puesto que sin él pueden ser prescritos el dominio y los demás derechos reales por la prescripción extraordinaria con arreglo al art. 1959 antes citado.

d) Lapso del tiempo establecido por la ley.—Este es el último de los requisitos exigidos para que pueda tener lugar la prescripción, pues todas las legislaciones, en el deseo de rodear dicha institución de todas las garantías posibles para evitar los abusos que en otro caso podrían tener lugar, han establecido como una de las precauciones más convenientes para dicho fin el exigir el transcurso de un término más ó menos largo en la posesión sin interrupción ni impugnación alguna para que dicha posesión pueda dar lugar al dominio creado por el ejercicio de la misma.

Como tenemos dicho en otra ocasión, la ley no resuelve el problema de la prescripción en favor de un poseedor cualquiera, sino que para ello es preciso que el que prescribe posea las cosas que trate de prescribir durante un espacio de tiempo, que suele ser distinto, según la naturaleza de lo que haya de ser el objeto de la prescripción, y según también las circunstancias en que se encuentre el propietario, ó sea según la mayor ó menor posibilidad y facilidad de éste para oponerse á la prescripción. Así es que algunas legislaciones distinguen, como nuestro Código, el término necesario para la prescripción por el primero de dichos conceptos, señalando uno breve para las cosas muebles, y otro más largo para los inmuebles; y en consideración al segundo le diferencian también según que la prescripción se lleve á efecto entre presentes ó entre ausentes.

Al examinar los arts. 1955 al 1959 expondremos el término necesario para que se perfeccione la prescripción en cada uno de dichos casos, pues, para no repetir ni dividir conceptos, preferimos ocuparnos de una vez en ese lugar de toda la doctrina relativa á dicha materia, limitándonos por ahora á consignar que la ley, al determinar el plazo necesario para la prescripción, ha establecido dos términos distintos: uno, más breve, para la prescripción ordinaria, ó sea para aquella en que, ade-

más del lapso del tiempo, se exigen los otros requisitos ó condiciones antes indicadas de buena fe y justo título, por no ser la continuación en la posesión más que un elemento concurrente á la transformación jurídica de la misma en dominio; y otro para la prescripción extraordinaria, en la que el factor del tiempo, por sí solo, puede producir el efecto de la adquisición, propio de la prescripción adquisitiva, única que estudiamos en el presente capítulo.

Á la primera de esas dos modalidades de la prescripción, como modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales, se le denomina también *perfecta*, y á la segunda *imperfecta;* pero más comunmente son conocidas con los nombres de *ordinaria* y *extraordinaria*, que son los que hasta aquí hemos venido usando.

Cuando estudiemos los preceptos contenidos en el párrafo segundo del art. 1955 y en el 1959, que autorizan la prescripción extraordinaria, respectivamente, en los bienes muebles é inmuebles, veremos la razón de esta distinción en cuanto al término preciso para la misma como consecuencia lógica y necesaria de la diversidad de circunstancias que concurren en uno y otro caso; y al comentar el art. 1960 examinaremos las reglas para la computación del plazo legal de la prescripción.

II. *Concordancias.*—Concuerda sustancialmente este artículo con el 2265 y el 2279 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 517 del de Portugal, con el 1186 del de Méjico, con el 1079 del de la Baja California, con el 3999 del de la República Argentina, con el 646 del de Guatemala, con el 1157 del del Uruguay, con el 2431 al 2439 del de Veracruz-Llave y con algunos otros.

ARTÍCULO 1941

La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

ARTÍCULO 1942

No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia ó por mera tolerancia del dueño.

I. *Requisitos que han de concurrir en la posesión para el efecto de prescribir.*—Preceptúanse en estos dos artículos las condiciones que ha de reunir la posesión para que este primer requisito ó elemento de la prescripción ordinaria pueda producir los efectos jurídicos de la misma, en concurrencia de los demás que tenemos ya explicados en el comentario anterior.

Según dichos artículos, para surtir ese efecto la posesión han de concurrir en ella las condiciones siguientes:

1.ª La de ser llevada á efecto en concepto de dueño.

2.ª La de ser pública.

3.ª La de ser pacífica.

4.ª La de no ser interrumpido el lapso de la misma.

Casi todos los Códigos modernos exigen el concurso de dichas condiciones, y, además, la razón natural lo impone como preciso é indispensable, pues no se concibe que la prescripción pueda tener su fundamento en una posesión desprovista de dichas circunstancias, la cual vendría á ser en tal caso el amparo del fraude y de la mala fe. Pero á pesar del juicio que el conjunto de ellas nos merece, examinemos por separado cada una de dichas condiciones para poder determinar la razón jurídica ó el motivo legal de las mismas.

a) *Necesidad de que sea llevada á efecto en concepto de dueño.*— Es indispensable que la posesión se lleve á cabo en concepto de dueño, porque sólo la que se adquiere ó se disfruta en dicho concepto es la única que puede servir de título para adquirir el dominio, conforme al precepto terminante del art. 447. La ley, pues, al imponer dicha condición, no ha hecho otra cosa más que respetar el principio general consignado antes en dicho artículo, pues tratándose hasta aquí de la prescripción adquisitiva, tienen que concurrir en ella, además de los requisitos especiales

determinados en el presente título, los generales ó comunes á todos los modos de adquirir, y en tal concepto los requeridos por el Código para que pueda producir ese efecto la posesión, que es uno de dichos modos de adquirir.

Esa exigencia de la ley la tenemos explicada y justificada ya en el comentario del citado artículo; pero además es de tan buen sentido jurídico, que no necesita demostración alguna la necesidad de la misma, toda vez que la posesión del arrendatario, del depositario, del comodatario y de todas las demás personas que poseen en nombre ó representación de otro, no puede servir para fundar en ella la prescripción, porque dichas personas no poseen para sí, sino para otro, y falta en tal posesión el *animus domini,* elemento preciso para adquirir la propiedad.

Entiéndase, sin embargo, como hicimos notar al tratar de la posesión, que el dominio puede recaer sobre una cosa ó sobre un derecho real, y que la ley lo que exige es que la cosa ó el derecho especial sobre ella, de que se trate, se posean en concepto de dueño. El que sin ser dueño de un derecho de servidumbre lo posee en concepto de dueño, puede adquirir esa servidumbre por prescripción, lo cual es aplicable al usufructo, á la nuda propiedad, al censo, etc.

No quiere decir esto que el que prescribe una cosa ó un derecho, haya de poseerla necesariamente por sí, pues por el contrario, la posesión base de la prescripción es la civil, y por lo tanto, la tenencia material ó inmaterial puede tenerla otra persona en su nombre ó en su representación. Así, el menor posee por medio de su tutor, la mujer casada por medio de su marido, el mandante por medio de su mandatario, el propietario por medio del inquilino, y en general, toda persona legalmente representada por medio de aquel que la representa, ó del que en su nombre tiene en su poder la cosa poseída ó ejerce sobre ella en dicho concepto los derechos que correspondan al representado. No es, pues, necesario que el poseedor tenga personalmente en su poder la cosa que trate de prescribir, basta que la tenga otro en su representación ó en su nombre.

La posesión, material ó inmaterial, por parte del que prescribe, ha de llevarse á efecto en concepto de dueño y no por otro título alguno. Es decir, que para adquirir por prescripción el dominio ó algún derecho real el que prescribe, y con tal objeto posee por sí ó por medio de alguna otra persona, ha de hacerlo considerándose verdadero dueño de la cosa poseída y ejerciendo sobre ella los derechos dominicales ó nacidos del dominio. Por eso el mandatario, el colono y el representante nunca pueden prescribir para sí las cosas que poseen en nombre del mandante, del dueño ó del representado, pues no tienen dicha posesión en concepto de dueño, sino en representación de otro.

Las leyes de Partidas, al determinar los requisitos que habían de concurrir en la prescripción, partían del principio de que había de poseerse en concepto de dueño, y conforme con el sistema adoptado por todas las legislaciones, nuestro Código ha elevado á precepto expreso ese principio del antiguo derecho por todos reconocido.

El Tribunal Supremo ha sancionado siempre la misma doctrina, y hasta tal punto ha estimado necesario este requisito, que ni aun siquiera ha tenido como suficiente para dicho fin el aprovechamiento simultáneo de dos ó más personas, sino la posesión en concepto de dueño exclusivo. Así lo declaró en sentencia de 22 de Mayo de 1896, en la que se estableció que, aprovechando los dos litigantes el terreno que era objeto del juicio, ese aprovechamiento se opone á toda idea de prescripción, cuya existencia requiere como circunstancia esencial la posesión continuada *por una persona en concepto de dueño exclusivo.*

Consecuencia del principio consignado en el Código de haber de poseerse en concepto de dueño la cosa objeto de prescripción, es el precepto del segundo de los artículos que hemos agrupado para su examen, por el íntimo enlace que entre sí tienen.

Dispónese en dicho artículo que no aprovechan para la prescripción, ó mejor dicho, para la posesión á que se refiere la ley, los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia ó por mera tolerancia del dueño; y no puede menos de ser así

porque en dichos actos no está manifiesta ni presunta la intención ó la voluntad del dueño de conformarse con que el poseedor adquiera el dominio, ni de la licencia ó tolerancia puede deducirse el abandono del propio derecho. No hay, pues, en ellos el *animus domini* ni la presunción que sirve de fundamento á la prescripción adquisitiva ó á este especial modo de adquirir.

b) *Publicidad de la posesión.*—Otra de las condiciones que ha de tener la posesión para que pueda producir la prescripción, es la de que sea pública, y tan justificada se halla su exigencia como la de la anterior, pues si fuere oculta no podría llegar por tal motivo á conocimiento del propietario á quien perjudica, y por lo tanto, faltaría la base para la presunción en que la prescripción se funda, porque no teniendo noticia de la posesión el verdadero dueño, no puede éste prestar ni dejar de prestar su aquiescencia ó conformidad á ella, y su silencio no puede ser interpretado en un sentido afirmativo de su voluntad favorable á la prescripción, que es la razón jurídica que legitima dicho modo de adquirir.

De acuerdo con este criterio, ha dicho un autor que para el efecto de producir la prescripción ha de ser pública la posesión, «porque lo poseído clandestina y secretamente no puede ser reclamado por su legítimo dueño, y faltaría fundamento para presumir el abandono por parte de dicho dueño».

Al exigir la ley el requisito de la publicidad en la posesión para el fin indicado, ha sido consecuente con la regla establecida en el art. 444, según la que, los actos meramente tolerados *y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor*, ó sea del dueño, no afectan á la posesión.

Además, por precepto expreso del art. 445, la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personas distintas á la vez, fuera de los casos de indivisión, y si bien en el supuesto de ser pública la posesión llevada á cabo por el poseyente no puede reconocerse el hecho de la posesión en el verdadero dueño, por virtud del principio establecido, no sucede lo mismo cuando la posesión por el que prescribe es oculta ó no pública, pues enton-

ces, como no hay nada que obste á ello, hay que presumirla de hecho en el propietario, puesto que en su favor establece la ley la presunción en tanto que no resulte lo contrario.

Los efectos de la publicidad de la posesión son, pues, claramente perceptibles. Según ellos, la posesión viene á determinar la prescripción, convirtiendo al poseedor en dueño de la cosa poseída. Sin embargo, no en todos los casos ocurre esto, pues tratándose de bienes cuyos títulos estén inscritos en el Registro de la propiedad, no basta el mero hecho de la posesión con los demás requisitos indicados para producir la prescripción ordinaria en perjuicio de tercero, sino que ha de tener lugar ésta en virtud de otro título igualmente inscrito, según se preceptúa en el art. 1949 de este Código, debiendo en dicho caso empezar á correr el tiempo para la prescripción desde la inscripción del título, en virtud del cual se lleva á efecto la prescripción, como se deduce del terminante precepto del art. 35 de la ley Hipotecaria.

c) *La posesión ha de ser también pacífica.*—La imposición de este requisito es una consecuencia necesaria y lógica del precepto establecido en el art. 441, que de una manera absoluta y terminante previene que en ningún caso pueda adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga á ello, pues en dicho caso, en vez de acudir á la violencia para rechazar dicha oposición, el que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente, si el tenedor se resistiese á entregarla.

La posesión ha de ser pacífica, porque la violencia es opuesta á toda noción de derecho, y el que posee por virtud de un acto de fuerza no tiene la posesión legítima ó pacífica que requiere la ley como base de la prescripción, ni puede ampararse en la presunción que tiene el poseedor pacífico como dueño, pues falta la buena fe, y la posesión adquirida en dicha forma no puede producir derecho alguno. Por lo tanto, el que de una manera violenta se mantiene en la posesión de una cosa, no puede llegar á

adquirir el dominio de la misma mediante la prescripción ordinaria.

No es necesario insistir más en ello para dejar plenamente justificada la necesidad de la concurrencia de dicho requisito.

d) *La posesión ha de ser además continuada ó no interrumpida.*—Llaman los autores posesión *continuada* aquella que no ha sufrido interrupción por alguno de los modos que la ley establece; y es necesaria también la concurrencia de esta circunstancia, porque toda interrupción que sea legal, ó tenga su fundamento en alguna de las disposiciones que formen el derecho vigente en la materia, constituye un motivo que viene á destruir la presunción del dominio que amparaba al poseedor, y á colocar á otro dueño en el camino de la consolidación de la propiedad determinada por la prescripción. Y esa continuación no interrumpida de la posesión debe durar todo el tiempo establecido por la ley para que se perfeccione y complete la prescripción.

Respecto de esta necesidad, ya la legislación de Partidas estableció la norma, mantenida después por todos los Códigos, en cuanto á los efectos de la interrupción natural de la posesión llevada á cabo con ánimo de prescribir, al disponer que hubiera de comenzarse de nuevo en dicho caso el lapso de tiempo necesario para ello. Es decir, que la interrupción en la posesión hacía ineficaz, para el fin de prescribir, el tiempo que se haya venido poseyendo la cosa prescriptible, y no podía ser tenido en cuenta en el cómputo del término legal, como si no hubiera existido dicha posesión.

Al comentar los artículos 1943 al 1948, ambos inclusive, veremos las causas de dicha interrupción, así como los modos y las formas en que puede tener lugar, y por ahora, para evitar confusiones, nos limitamos á apuntar la consideración de que no es necesario el despojo de la tenencia material de la cosa poseída para que se estime interrumpida la posesión, puesto que con arreglo al primero de los artículos que acabamos de citar, puede interrumpirse la misma natural y civilmente, en cuyos casos, y especialmente en el segundo, el que lleva á cabo la interrupción

no necesita para dicho efecto llegar á poseer materialmente la cosa que es objeto de la prescripción.

II. *Concordancias.*—El art. 1941, primero de los que hemos agrupado en este comentario, concuerda más ó menos sustancialmente con el 2229 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 2106 del de Italia, con el 1460 del de Austria, con el 1992 del de Holanda, con el 1638 del de Vaud, con el 646 del de Guatemala, con el 1157 del de Uruguay, con el 2262 del de Bolivia, con el 1187 del de Méjico, con el 1079 del de la Baja California y con algunos otros.

Á su vez tiene concordancias el art. 1942, entre otros, con el 2232 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2115 del de Italia, con el 1993 del de Holanda, con el 1641 del de Vaud, con el 635 del de Guatemala, con el 1158 del del Uruguay, con el 2499 del de Chile, con el 2264 del de Bolivia, con el 3456 del de la Luisiana, con el 1176 del de Méjico y con el 1070 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1943

La posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural ó civilmente.

ARTÍCULO 1944

Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año.

ARTÍCULO 1945

La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente.

ARTÍCULO 1946

Se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial:

1.º Si fuere nula por falta de solemnidades legales.

2.º Si el actor desistiere de la demanda ó dejare caducar la instancia.

3.º Si el poseedor fuere absuelto de la demanda.

ARTÍCULO 1947

También se produce interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión ó dominio de la cosa cuestionada.

ARTÍCULO 1948

Cualquier reconocimiento expreso ó tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño interrumpe asimismo la posesión.

I. *Interrupción de la posesión y sus efectos con relación á la prescripción.*—En estos seis artículos se regula por el Código toda la interesante materia de la interrupción de la posesión del que prescribe; y para poder determinar de una vez, y con la amplitud conveniente, la noción y el concepto jurídico de la misma, así como las causas que la producen y los efectos ó resultados que surte con relación á la prescripción, hemos considerado útil la agrupación de dichos artículos, porque todos ellos se refieren á los extremos indicados, que á su vez constituyen los puntos fundamentales de la teoría generalmente aceptada por la ciencia jurídica acerca de la interrupción de la posesión, determinante de la de la prescripción.

A tres pueden reducirse los puntos básicos de dicha teoría, que son:

1.º Modos ó formas de la interrupción.

2.º Causas que la determinan; y

3.º Efectos de la interrupción en cada una de las formas de interrupción admitidas por la ley.

Excusado es encarecer la importancia de cada uno de ellos, pues basta su exposición para que se comprenda todo el interés que entrañan las cuestiones relacionadas con los mismos; y por

eso, aunque el Código no se ocupa con la debida distinción de dichos particulares al establecer los principios y las reglas que los regulan, conviene para mayor claridad en la exposición y para la más fácil inteligencia de tan importantes extremos, que examinemos por separado cada uno de ellos en toda su extensión.

a) *Modos ó formas de la interrupción.*—Según se consigna de una manera clara, concisa y terminante en el primero de los artículos que hemos agrupado, la posesión se interrumpe *para los efectos de la prescripción* de dos modos distintos ó de dos formas diversas: una *natural* y otra *civil.*

Esta distinción responde al diverso concepto que puede tener la posesión con arreglo á la ley: diversidad de conceptos sancionada y reconocida por el art. 430, que denomina posesión natural á la tenencia de una cosa ó al disfrute de un derecho por una determinada persona, y posesión civil á esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber como suyos la cosa ó derecho poseídos. Y así como la posesión puede ser civil ó natural, también puede ser interrumpida de ambos modos, siendo esta la razón jurídica del precepto contenido en el art. 1943, el cual tiene su complemento en los dos siguientes y en el 1947 y el 1948, en los que se determinan las causas que pueden producir tanto la interrupción natural como la civil. Una y otra de dichas formas ó de dichos modos de interrumpirse la posesión, tienen un interés capitalísimo para los efectos de la prescripción, pues como expusimos en el comentario del artículo anterior, para la eficacia de la misma, ó mejor dicho, para su nacimiento jurídico, es requisito indispensable quo la posesión sea continuada ó no interrumpida legalmente.

Así es que todas las legislaciones les han concedido la misma importancia, y han procurado regularlas con especial cuidado dentro del criterio propio de cada una de ellas. El derecho de Partidas, detallista y minucioso como pocos, se extendía en largos pormenores acerca de la interrupción natural, distinguiendo si era por pérdida real de ella, por abandono, por impedirla un

tercero ó por algunas otras causas, siendo diferentes los efectos de dicha interrupción en cada uno de esos casos; pero el Código, afortunadamente, aclara y simplifica esta materia, reduciéndola, según veremos más adelante, al sólo hecho de la cesación en ella, y fijando un plazo determinado de duración de dicha causa para que produzca la interrupción natural. En cuanto á la civil se ha precisado también el concepto, tanto respecto de las causas que la determinan, como de los demás requisitos que deben concurrir en ella para que surta el efecto de interrumpir la prescripción.

Esa posesión á que venimos refiriéndonos es la adquirida y mantenida en concepto de dueño, pues sólo lo que se gana y se disfruta en dicho concepto es la que puede servir para prescribir el dominio ó los demás derechos reales; y acerca de esto debe tenerse muy en cuenta que la posesión de las cosas muebles no se entiende perdida mientras se hallen bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero (1), y que la de los bienes inmuebles y derechos reales se presume mantenida y no transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, á no ser que se lleve á cabo la pérdida de derechos ó la transmisión con sujeción á lo dispuesto en la ley Hipotecaria (2).

Al estudiar el precepto del art. 1949, tenemos que ocuparnos de esta presunción de la ley, y para no incurrir en repetición, no insistimos en estas indicaciones, remitiéndonos desde luego á las que hemos de exponer en dicho lugar.

Réstanos indicar que para estimarse interrumpida la posesión á los efectos de la prescripción, es indispensable que tanto la causa que la determine, como el modo por el que se produzca, han de ajustarse á las prescripciones de la ley, y además deben probarse; pues, como se presume, conforme al art. 436, que la posesión adquirida por cualquier título ó forma, se sigue dis-

(1) V. Art. 461 del Código civil.
(2 V. Art. 462 idem.

frutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario, es necesario que se justifique la interrupción para que deje de surtir efecto la presunción *juris tantum* establecida en dicho artículo. Y aunque haya sido interrumpida civilmente, se ha de entender para todos los efectos que puedan redundar en beneficio del poseedor, y por lo tanto, para el derecho á prescribir, que la posesión perdida la ha seguido disfrutando sin intervalo ni interrupción alguna el poseedor, cuando éste la perdió indebidamente y llegare á recuperarla (1).

b) *Causas que determinan la interrupción de la prescripción á los efectos de la prescripción.*—Hemos dicho, repitiendo casi literalmente el precepto del art. 1943 del Código, que la posesión puede ser interrumpida para dichos efectos, *natural* y *civilmente*. La primera de dichas formas tiene lugar cuando por cualquiera causa se cesa en la posesión por más de un año. A su vez se interrumpe civilmente, ó sea en la segunda de las formas establecidas por la ley, por alguna de las causas siguientes:

1.ª La citación judicial hecha al poseedor.

2.ª El acto de conciliación, si bien dicha interrupción tiene efectos limitadísimos y una duración sumamente breve; y

3.ª Cualquier acto de reconocimiento expreso ó tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño de la cosa ó del derecho que se prescribe.

La primera de las causas expuestas, es decir, la que produce la interrupción natural, sancionada se halla en el art. 1943, y las tres restantes, determinadoras de la interrupción civil, precisadas están con especial fijeza en los artículos 1945, 1947 y 1948.

Aunque la claridad de los términos en que se hallan concebidos los cuatro artículos citados hace imposible, á nuestro juicio, toda duda respecto de su inteligencia, siguiendo, sin embargo, el sistema desde un principio adoptado por nosotros, vamos á examinar por separado cada una de dichas causas de interrupción.

(1) V. Art. 466 del Código civil.

Cesación en la posesión.—Según expresamente se establece en el art. 446, todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituído en la misma por los medios que las leyes de procedimiento autorizan. Por eso, algunas de nuestro antiguo derecho no admitían la posibilidad de que se interrumpiese la posesión, sino acudiendo á los Tribunales de justicia para recobrarla ó adquirirla (1). Fundábanse los tratadistas y comentadores para sostener dicha doctrina en el principio, tradicional en nuestra legislación y sancionado actualmente en el art. 445, de que la posesión como hecho no puede reconocerse á la vez en dos personas distintas, fuera de los casos de indivisión; y estimaban, en su virtud, que no podía subsistir la posesión á los efectos de la prescripción en el que estaba poseyendo con ánimo de prescribir, cuando por el antiguo dueño, ó por otra tercera persona, se le privaba del disfrute de la cosa ó del derecho poseído, entrando desde luego en la tenencia de lo que era objeto de la prescripción. De aquí que las leyes de Partida llamasen á esta causa de interrupción natural con el nombre de pérdida de la tenencia de la cosa poseída.

Pero á pesar del derecho concedido en el art. 446 del Código á favor del que está poseyendo, para acudir á los Tribunales solicitando ser amparado ó restituído en la posesión, cuando fuere inquietado ó despojado de ella, se comprende fácilmente que por abandono de ese derecho ó por otras varias causas, puede cesar naturalmente aquélla, de hecho ó de derecho, y esta causa de interrupción es á la que se refiere en el art. 1944, segundo de los que hemos agrupado en este comentario.

Antes de ahora hemos dicho que nuestro antiguo derecho distinguía según que la interrupción natural fuera debida á la pérdida real de la cosa poseída, ó al abandono por parte del poseedor ó á los actos de un tercero, asignando efectos diversos á

---

(1) Véanse ley 29, tít. 29 de la Partida 3.ª, y ley 7.ª, tít. 11, libro 2.º del Fuero Juzgo.

cada uno de dichos motivos. También algunos Códigos extranjeros, como los de Francia y Holanda, reconocen expresamente la diferencia, y admiten la posibilidad de la interrupción natural derivada de los actos del poseedor anterior en cuyo perjuicio se prescribe, ó por los de un tercero; pero el nuestro ha prescindido de esa redacción, no por la razón alegada por un comentador de que lo mismo puede perderse la posesión contra la voluntad del poseedor que por desestimiento voluntario de éste, expreso ó tácito, sino por resultar innecesaria aquella expresión, toda vez que en el art. 460 se establecieron ya los modos ó motivos por los que puede producirse ese resultado.

En efecto, conforme á dicho artículo, el poseedor puede perder su posesión:

1.º Por abandono de la cosa poseída.

2.º Por cesión hecha á otro por título oneroso ó lucrativo.

3.º Por destrucción ó pérdida total de la cosa, ó por quedar ésta fuera del comercio de los hombres; y

4.º Por la posesión de otro *aun contra la voluntad* del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.

Todos estos motivos interrumpen *naturalmente* el hecho de la posesión del que estuviere poseyendo y se hallan comprendidos dentro de los límites del art. 1944, por más que su simple exposición revele necesariamente que los efectos son muy distintos. Los amplios términos en que aparece redactado el artículo, demuestran que no es necesario para surtir dicho efecto, que existan actos intencionados del antiguo poseedor ó de un tercero contrarios á la voluntad del poseyente que prescribe, como parece dan á entender los Códigos extranjeros antes citados al decir que tiene lugar la interrupción *cuando se prive* á éste del disfrute de la cosa poseída, sino que basta cualquiera otra causa que haga cesar en la posesión al que la tuviere; pudiendo llegarse á la pérdida de esta, que determina la interrupción natural, con intención ó sin ella, por voluntad ó sin voluntad, y aun contra la voluntad del poseyente, como resulta del art. 460, con el cual está en relación el 1944 que examinamos.

Esos actos interruptores de la posesión en que está el que intenta prescribir, tienen que ser ejecutados antes de que la prescripción se haya ganado, pues en otro caso no constituirían la interrupción de la prescripción, sino una renuncia del derecho adquirido. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Marzo de 1902, en la que se estableció la doctrina de que la prescripción sólo puede estimarse interrumpida por actos de los previstos en la ley *realizados durante el tiempo marcado para que aquella pueda tener lugar; y no deben confundirse con los que se verifiquen con posterioridad, y puedan significar la intención de renunciar al beneficio de la prescripción.*

Además, dichos actos deben ser, por regla general, eficaces con arreglo á derecho, pues si son contrarios á él, no pueden surtir efecto jurídico alguno. Sin embargo, decimos por regla general, porque el hurto y el robo son actos prohibidos por la ley y castigados por ella, y no obstante esto, en algunos casos no son obstáculo para producir la prescripción, como veremos al examinar el art. 1956, y, en su consecuencia, tienen que interrumpir eficazmente la posesión en que estaba el hurtado ó el robado, pues de lo contrario, no podrían dar lugar á aquélla por falta del requisito de la posesión ganada con tales actos.

Réstanos indicar que la interrupción natural lleva consigo la pérdida total del derecho á prescribir, nacido del lapso de tiempo que se hubiera estado poseyendo antes de la interrupción, pues aun cuando después puede comenzarse de nuevo la prescripción, no tiene en dicho caso fuerza ninguna el hecho de la anterior posesión, ni es computable el tiempo transcurrido en ella. En esto se diferencia la interrupción natural de la civil, pues en la segunda, si fuere repuesto en la posesión el poseedor, se entenderá corrido, para los efectos de la prescripción, el tiempo que hubiere durado la interrupción. Al ocuparnos de los efectos de la interrupción en cada una de las formas admitidas por la ley, y con relación á cada una de las causas que la determinan, tendremos que volver con más amplitud sobre estas in-

dicaciones, y, por lo tanto, no insistimos en ellas remitiéndonos á su lugar oportuno.

De lo expuesto hasta aquí resulta que, para producirse útilmente la interrupción natural de la posesión al efecto de que á su vez interrumpa la prescripción que estuviere corriendo, es necesario: 1.°, que se ejecute algún acto que por cualquiera causa haga cesar el hecho de la posesión; 2.°, que dicho acto sea eficaz para ello con arreglo á derecho, y 3.°, que se realicen esos actos contrarios á la posesión antes de que la prescripción haya quedado perfeccionada.

Pero no bastan estos elementos para que se entienda interrumpida naturalmente la posesión con dicho objeto, sino que es preciso otro requisito, tan indispensable como los tres anteriores, sin el cual no es posible que se produzca dicho resultado. Para ello es necesario que la interrupción en la posesión, motivada por los actos interruptores realizados por el que la interrumpe, ó la cesación producida por ellos, subsista por más de un año, lo cual constituye un nuevo beneficio establecido en favor del poseyente, y una eficacísima garantía impuesta por el legislador para evitar que dicha interrupción pudiera constituirla cualquier acto de violencia. Por el contrario, la ley exige que la interrupción sea continuada y duradera, demostrando con su persistencia la deliberada voluntad ó la intención decidida de interrumpir la posesión ó de adquirirla el que ejecuta los actos interruptores. Si transcurre más de un año desde que se empezó la interrupción, y la cesación en la posesión ha durado todo ese período de tiempo, entonces se entiende interrumpida ésta en la primera de las formas ó de los modos admitidos por el Código; pero si no se prolongó por dicho término la cesación indicada, entonces no puede surtir efecto alguno dicha interrupción, cualquiera que sea el plazo de duración de la misma.

Ahora bien, en el caso de que la cesación en la posesión no haya durado más de un año, ¿se considerará corrido en beneficio de la prescripción todo el tiempo de la interrupción, computándose éste y el en que se haya poseído con anterioridad, ó tendrá

que empezar á contarse de nuevo el plazo establecido por la ley desde que cesó la interrupción, prescindiendo del tiempo anterior?

El Código no resuelve de una manera expresa esta cuestión, pero de sus preceptos fácilmente resulta la solución; y para nosotros la primera de las indicadas en la pregunta es la más jurídica, pues si no se reputa interrumpida la posesión hasta el año y día de la cesación en ella, claro y evidente resulta que todo el tiempo anterior es como si no hubiera existido la interrupción, ó, mejor dicho, la cesación en la posesión; y si legalmente no se ha cesado en ella, no puede dejar de producir sus efectos para la prescripción el lapso de dicho tiempo, por la presunción que establece la ley de que no hay la interrupción natural mientras no transcurra más de un año en la cesación de la posesión.

Ese beneficio concedido por la ley al poseedor, se inspira en los mismos fines de la prescripción adquisitiva, y la exigencia de ese largo plazo se funda en la consideración de que quien en tanto tiempo no ha protestado contra los actos interruptores de la posesión ó contra el hecho de la cesación en ella, ni ha pedido amparo á los Tribunales, es visto que consiente en ese hecho y carece por lo tanto de derecho ó de acción para reclamar.

Casi todos los Códigos señalan ese mismo plazo. *Un año y un día* exigía el proyecto de 1851 en su art. 1983, pero el vigente Código ha prescindido de dicha redacción, y establece que la cesación sea *por más de un año,* lo cual se halla conforme con el precepto establecido en el núm. 1.º del art. 1968, según el que prescribe por el transcurso de un año la acción para retener ó recobrar la posesión, pues si en todo ese tiempo puede entablar el poseedor, que se ve interrumpido en ella, las acciones indicadas y recobrarla ó retenerla por consecuencia de ello, es lógico que hasta su transcurso no pueda estimarse perdida por completo la posesión ni pueda surtir consecuencia alguna jurídica la interrupción natural de la misma.

Citación judicial al poseedor.—**Esta es la primera de las tres causas por las que se interrumpe *civilmente* la posesión; y de tal**

modo es eficaz para dicho efecto, que no dejará de producir este resultado aunque fuere injusta la demanda objeto de la citación, y aun cuando hubiere sido hecha ésta en virtud de providencia dictada por juez incompetente.

Desde luego se comprende que así sea, porque la justicia ó injusticia de la demanda deducida contra el poseedor, ó que intente deducir el interruptor de la posesión, no puede prejuzgarse ni estimarse hasta la sentencia que ponga término á la contienda; y en cuanto á la competencia, no puede resolverse *à priori*, toda vez que el citado puede someterse expresa ó tácitamente al juez que le manda citar. Esto aparte de que desde el momento en que judicialmente se impugna la posesión, en que se halla el que prescribe, deja ésta de ser pacífica y carece de este requisito exigido por el art. 1941, para que pueda surtir el efecto de la prescripción, siendo indiferente para ello el que la reclamación que se interponga con tal objeto se deduzca ante juez competente ó incompetente, porque desde que al poseedor se le hace saber su presentación, le consta ya de una manera fehaciente la voluntad del interruptor en contra de la posesión tenida por él.

Lo mismo disponen los Códigos de Francia, Bélgica y Holanda, según los cuales, la interpelación llevada á efecto por mandato de juez incompetente sirve para interrumpir civilmente la posesión, y como consecuencia de ello interrumpe también la prescripción. Sin embargo, no todos los comentadores del nuestro se hallan conformes con el precepto del art. 1945, antes citado; el Sr. Bonel, por ejemplo, entiende que para evitar que á un poseedor de buena fe se le interrumpa en la posesión caprichosamente ante cualquier juez con competencia ó sin ella, sería mejor que la interrupción se fundase en citación hecha por mandato de juez competente, no siendo necesaria para el poseedor de mala fe la citación personal.

Para impugnar la doctrina establecida por el Código, ó sea la eficacia del mandato de juez incompetente para que interrumpa la posesión la citación hecha en su virtud, fúndase dicho autor en que «el litigio entablado ante juez que no tuviese competen-

cia para sustanciarlo ó había de desecharse por éste, ó de continuar su tramitación podría llegar á anularse, y en tal caso otro pleito sería necesario para venir á interrumpir la posesión»; y por esto entiende que «aun cuando haya un emplazamiento judicial hecho en forma y sea válido por lo tanto ese emplazamiento, ha de quedar sin efecto el día que opuesta por el demandado la excepción dilatoria, se resuelva en su favor dicho artículo previo, utilizado en conformidad á lo que previenen los arts. 532 y 533 de la ley de Enjuiciamiento civil; lo cual sólo conduce á producir gastos que ningún resultado positivo y práctico han de poder dar por ligera que sea la oposición hecha por el demandado, si á tiempo y con arreglo á la ley se opone la excepción de incompetencia.» Pero ya hemos dicho antes que desde el momento en que la posesión es controvertida, deja de ser pacífica y por falta de este requisito no puede surtir el efecto de producir la prescripción, teniendo que quedar interrumpida á las resultas del juicio; cuya consideración es bastante para justificar la disposición de nuestro Código y la de los demás extranjeros que están de acuerdo con él, pues la contradicción ó la controversia en la posesión, que es la base de su precepto, lo mismo subsiste interponiendo la demanda ante Juez competente que ante uno que carezca de competencia para conocer del asunto.

También era contraria la doctrina mantenida en este punto por la legislación romana en la que se encuentran algunos precedentes de la materia que examinamos en las leyes 3.ª y 7.ª del título 39 y en la 3.ª del título 40, ambos del libro 7.º del Código.

La disposición del art. 1945 que establece esta causa de interrupción, por lo mismo que constituye un precepto de excepción de la regla general de la prescripción, no puede ser entendido en un sentido amplio y extensivo, sino con arreglo al valor legal y al significado jurídico de sus propios términos. Los autores del nuevo Cuerpo legal, prescindiendo de la generalidad de la doctrina antigua, tuvieron buen cuidado de limitar

dicho precepto á la citación hecha con las formalidades legales, y por lo tanto, reducido á esto su alcance, no puede concederse iguales efectos á cualquier otro acto de interpelación judicial análoga, por mucha que sea la razón de analogía que pudiera existir entre él y la citación.

Esto ocurre entre otros casos con el requerimiento hecho en vía prejudicial y preparatoria, ó sea como diligencia preliminar con arreglo al núm. 2.º del art. 497 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que el que ha de ser demandado en el juicio exhiba, y en su caso conserve en depósito (1), la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción real ó mixta que trate de entablarse contra el que la tenga en su poder. Dicho requerimiento es indudablemente un acto de interpelación judicial, pero no iguala en sus efectos á la citación, porque ésta hace conocer clara y oficialmente á aquél á quien se cita, que es ó va á ser demandado y con qué objeto, lo cual no sucede con el requerimiento, porque aun después de éste, puede no sobrevenir el juicio si resultare que la cosa exhibida no es la misma que el actor se propone demandar. No se le requiere, pues, en concepto de demandado al tenedor de la cosa poseída que ha de exhibirse, sino para depurar si se le ha de demandar ó no, y como hasta entonces no está controvertida eficazmente su posesión, no puede interrumpirla dicho requerimiento.

Así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Marzo de 1902, en la que, después de establecerse que para producirse la interrupción civil en este concepto, es necesario que medie citación judicial hecha al poseedor *con todas las solemnidades legales necesarias para su validez*, se declaró que el requerimiento preparatorio de juicio hecho para la exhibición de un resguardo de depósito y de la póliza de adquisición de ciertos valores públicos que habían de ser objeto del litigio, «no constituye la citación judicial, si al practicarse no se advierte al requerido que los efectos exhibidos son los que van á constituir

(1) V. Artículo 499 de la ley de Enjuiciamiento civil.

objeto de la demanda, ni se le previene que los conserve en el mismo estado hasta la resolución del pleito, porque sin estos requisitos, ordenados por el art. 499 de la ley de Enjuiciamiento civil, faltan las solemnidades necesarias para que dicho requerimiento pueda igualarse en sus efectos á la citación judicial, que hace conocer clara y oficialmente á aquél á quien se cita que es ó va á ser demandado y con qué objeto». Es decir que, para poder equipararse el requerimiento citado á la citación judicial en cuanto á los efectos del art. 1945 del Código, es preciso que se cumpla lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 499 de la citada ley procesal; y se explica que en dicho caso produzca el efecto de la interrupción, porque desde el momento en que se previene al requerido que conserve en su poder en el mismo estado la cosa exhibida hasta la resolución del pleito, queda contradicha ó controvertida la posesión en que se hallara.

Se ha discutido también si el embargo preventivo podría ser eficaz para interrumpir civilmente la prescripción, pero fácilmente se comprende que no puede surtir tal efecto, pues por el embargo preventivo practicado, ni se disputa ó discute la posesión de la cosa embargada, ni el deudor deja de poseerla hasta la venta, en cuyo caso cesaría la posesión no por virtud de interrupción, ni de modo provisional á las resultas del juicio, sino de una manera definitiva con arreglo al art. 460. Lo que hemos dicho del embargo preventivo, es aplicable al embargo definitivo llevado á efecto en juicio ejecutivo ó en autos de ejecución de sentencia en vía de apremio para hacer efectivo un débito del poseedor de la cosa embargada ó el cumplimiento de una ejecutoria.

La solución es la misma en otros varios casos que pudiéramos exponer, y en vista de lo dicho, podemos sentar como conclusión, que sólo producen el resultado de interrumpir civilmente la posesión por el concepto que examinamos ahora las citaciones hechas con las solenidades legales ó cualquier otro acto de interpelación judicial que se encuentre en las mismas circunstancias y surta los mismos efectos que aquella.

Hemos insistido tanto en la determinación de la inteligencia y fundamento de la disposición contenida en el art. 1945, tantas veces citado, porque al contrario de lo que sucede en la interrupción natural, en que cualquier acto que haga cesar la posesión por más de un año pueda motivarla, la civil es de derecho estricto y sólo tiene lugar cuando concurre alguna de las causas taxativamente marcadas por la ley.

Al examinar los efectos de la interrupción en uno y otro de los modos admitidos por la ley, veremos que la civil no es absoluta ni definitiva, sino relativa é interina, pues el citado puede seguir poseyendo materialmente, si bien la ley por medio de una ficción legal supone interrumpida la posesión hasta las resultas del juicio, reconociendo validez á esa posesión interina y dándole los mismos efectos que si no hubiera habido tal interrupción en el caso de que venciera en el pleito el poseyente.

Explicado ya el recto sentido del mencionado artículo, réstanos indicar que, aun cuando la citación judicial produce con arreglo á él la interrupción civil de la posesión, hay casos en que según la ley no puede surtir tal efecto, siendo la exposición de ellos el objeto del art. 1946.

Conforme á dicho artículo, se considerará no hecha y dejará de producir interrupción la citación judicial:

1.º Si fuere nula dicha citación por falta de solemnidades legales.

2.º Si el actor desistiere de la demanda ó dejare caducar la instancia.

3.º Si el poseedor fuere absuelto de la demanda.

En cualquiera de los casos de dicho artículo, cuya aplicación ha de producir los resultados más conformes á los principios jurídicos, según reconocen expresamente casi todos los expositores del derecho nuevo, ha de entenderse que no existió la causa de interrupción que examinamos; y si para la ley no tuvo vida eficaz ésta, tampoco puede producir efecto jurídico alguno.

No podía menos de reconocerlo así el Código por las diversas razones que en cada uno de dichos casos imponen con pode-

roso imperio esa solución. En efecto, en el primero de ellos es tan evidente la necesidad de que la citación sea hecha con todas los solemnidades legales, que por nadie puede negarse la consecuencia de su ineficacia cuando carece de dicho requisito, á no ser que se dé espontáneamente por citada, ya de una manera expresa ya tácitamente con sus actos, la persona á quien hubiera de ser hecha dicha citación. Y esto obedece á que la citación de la parte ó de las partes interesadas en el litigio ó en la contienda judicial que pone obstáculo á la posesión, es una actuación tan esencial del juicio que, como ha reconocido el Tribunal Supremo en multitud de casos, llega hasta el punto de viciar el procedimiento judicial el defecto ó la nulidad de la misma.

Antes de ahora hemos mencionado la sentencia de 31 de Marzo de 1902, en que expresamente declaró aquel Tribunal que para interrumpir civilmente la prescripción según el art. 1945 del Código civil, era preciso que la citación al poseedor fuera hecha *con todas las solemnidades legales necesarias para su validez;* y del mismo modo pudiéramos citar otras muchas, posteriores y anteriores á la promulgación del mismo Código, en las que de igual manera y con idéntica precisión se establece la propia doctrina, tanto con relación á los efectos de esa actuación para interrumpir la posesión, como respecto de la citación en general.

Además es un principio de derecho procesal, reconocido universalmente, que las actuaciones judiciales tan sólo son válidas en cuanto se ajustan á las reglas del procedimiento ó á las normas previamente establecidas por la ley para la celebración ó ejecución de las mismas. Por lo tanto, la citación hecha al poseedor sin las solemnidades legales será nula con arreglo á dicho principio y á lo dispuesto en el art. 4.º del Código por estar ejecutada contra ley; y como los actos nulos no pueden surtir efecto jurídico alguno, evidente resulta que no puede producir la interrupción de la posesión como en otro caso sucedería. Por eso dice el art. 1946, que para dicho efecto se considerará no hecha y que dejará de producir tal resultado.

Lo mismo podemos decir en cuanto al núm. 2.º de dicho ar-

tículo, ó sea respecto del caso en que el actor desistiere de la demanda ó dejare caducar la misma. Excusado es decir que el desistimiento de la demanda borra y hace desaparecer todos los efectos de la misma, quedando las cosas en el mismo estado que antes tenían, como si no hubiere sido presentada ó como si no se hubiere deducido la reclamación objeto de ella. Sobre este resultado del desistimiento no puede haber duda ni discusión alguna, puesto que es la consecuencia natural y lógica de todo apartamiento del pleito. Mediante él la ley establece la ficción de que la reclamación no ha existido, y por eso, habiendo por desistido de su demanda al demandante, no tiene que resolver sobre la procedencia ó improcedencia de lo pretendido en la misma, y no tiene otra transcendencia ni otro efecto el juicio promovido que la imposición de las costas al actor.

Fuera de esa declaración, no queda, á partir del desistimiento de la demanda, nada que tenga relación con la contienda judicial provocada con su presentación, y como no existe la controversia, no puede considerarse interrumpida ni en suspenso la posesión en que se hallara el poseyente, porque no es contradicha ni impugnada dicha posesión, y porque, por esa ficción de la ley á que antes nos hemos referido, la misma, considera que no ha habido contradicción ni impugnación alguna.

Lo que hemos dicho del desistimiento de la demanda es aplicable á la caducidad de la instancia, desconocida en nuestras antiguas leyes procesales é introducida en la vigente como una plausible y necesaria novedad para poner término á los inconvenientes que en el antiguo régimen se lamentaban, por medio de la acción bienhechora que de *oficio* atribuye dicha ley á los Jueces y Tribunales. Las consecuencia de la caducidad son las mismas que hemos expuesto al hablar del desistimiento, y por idéntica razón de derecho deben ser iguales también las consecuencias jurídicas en ambos casos.

Para evitar posibles dudas, en la inteligencia de dicho precepto, conviene indicar que de ningún modo debe confundirse la caducidad de la instancia con la prescripción de la acción

ejercitada en la demanda, pues los efectos de una y otra son bien distintos. La caducidad no es la prescripción de la acción, como lo demuestra el que después de caducada la primera instancia puede promoverse de nuevo el juicio entablando otra demanda nueva en la que se ejercite la misma acción utilizada en la anterior, si para entonces no hubiere prescrito ya. Así lo autoriza el art. 419 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo precepto es la demostración más palmaria y completa del error en que se incurre al confundir la caducidad con la prescripción.

Cierto es que ambas se fundan en un mismo interés social y responden á un mismo fin de orden público, teniendo por objeto una y otra el evitar que por incuria ó negligencia de los particulares permanezcan la propiedad y los demás derechos privados indefinidamente en lo incierto; pero en su naturaleza ó condición jurídica y en sus efectos son cosas distintas, pues la prescripción de la acción consiste en la pérdida del derecho á ejercitarla, porque transcurrido el plazo señalado por la ley para la prescripción extintiva de ella no puede ser ya utilizada en adelante, mientras que la caducidad de la instancia supone, por el contrario, el ejercicio de la acción correspondiente para hacer valer ese derecho, y sus únicas consecuencias son, ó la pérdida del recurso, quedando firme la sentencia recurrida, si los autos estuvieren en apelación ó en casación, ó la necesidad de ejercitar de nuevo la acción entablando nueva demanda si al incurrirse en dicha caducidad estuviere el pleito en primera instancia.

Pero si con relación al juicio ó al procedimiento son distintos sus efectos, no sucede lo mismo en cuanto á la interrupción de la prescripción, pues el resultado es idéntico en ambos casos, porque si la caducidad extingue la instancia haciendo desaparecer por entonces el juicio ó la contienda judicial y borrando las consecuencias todas de la misma, y con ella la controversia ó contradicción de la posesión en que estuviera el demandado, es indudable que se encuentra en igualdad de circunstancias que el desistimiento. A esto no obsta el que, si el pleito no

ha pasado de la primera instancia, pueda promoverse de nuevo, el juicio y la controversia, pues esto, lo que puede motivar, es que al entablarse nuevamente la demanda y citarse otra vez por consecuencia de ella al poseedor, se produzca de nuevo la interrupción; pero hasta entonces el efecto de la caducidad será el mismo del desistimiento.

En cuanto al tercero de los casos expuestos en el art. 1946, la explicación es más breve y sencilla. Tenemos ya dicho que, por virtud de la citación judicial del poseedor, hecha á virtud de la interposición de la demanda, se interrumpe civilmente la posesión para los efectos de la prescripción. El citado no pierde por ello el hecho de la posesión, no cesa en el disfrute de la cosa poseída, y por eso, aunque transcurriese más de un año, no se producirán los resultados de la interrupción natural. Sigue poseyendo y disfrutando lo que es objeto del litigio, pero la ley por una ficción legal supone lo contrario, y esa interrupción supuesta no es absoluta como la natural, sino relativa; no es definitiva, sino interina y condicional, para el solo caso de vencer en el juicio el que promovió la demanda que motivó la citación productora de dicha interrupción.

Consecuencia de esto es que, si por el contrario, fuera vencido el actor en la contienda judicial, se tendrá por no producida la interrupción, ó como dice el Código, se considerará no hecha la citación y dejará ésta de producir la interrupción; y en dicho caso se unirá el tiempo transcurrido durante ella al ganado anteriormente, como si la posesión hubiera continuado de hecho y de derecho sin solución de continuidad alguna, puesto que ninguno de los requisitos que exige la posesión, el material y el intelectual, resultan menoscabados en lo más mínimo, y, por lo tanto, todo el tiempo que mediare desde la citación judicial hasta la sentencia firme del juicio, se entenderá corrido para la prescripción.

Acto de conciliación.—Surte los mismos efectos interruptores que la citación en juicio el acto de conciliación celebrado, ó meramente intentado, con el poseedor de la cosa que se estuviese

prescribiendo; pero, como tenemos ya dicho, la virtualidad ó eficacia de esta causa de interrupción es sumamente limitada y de una duración brevísima, pues, para que produzca dicho efecto, es preciso que dentro del término de dos meses, á contar de la celebración de dicho acto, se presente la oportuna demanda sobre posesión ó dominio de la cosa cuestionada, según terminantemente se previene en el art. 1947, cuarto de los que constituyen la materia objeto de este comentario, y una vez interpuesta la demanda, vendrá la citación y con ella la interrupción por ese motivo.

De los términos de dicho artículo, claramente resulta que la subsistencia de dicha causa de interrupción depende del cumplimiento de una condición de la que se deriva su eficacia: condición que según algunos comentadores pugna abiertamente con los buenos principios jurídicos que admiten como motivo suficiente para interrumpir la prescripción cualquiera gestión por parte de los interesados en poner término á ella.

Los que así opinan, confunden la prescripción adquisitiva con la extintiva, ó equivocadamente suponen que ambas se encuentran en identidad de circunstancias para la interrupción. En la prescripción extintiva se comprende fácilmente que cualquier gestión del interesado, aunque sea extrajudicial, baste para que surta el efecto de interrumpir la posesión, pues su objeto es asegurar la subsistencia de una acción ó de un derecho que forma parte del patrimonio del que interrumpe y que en tal concepto la ley debe amparar y hacer respetar, dando todas las posibles facilidades para mantener su virtualidad y efectos. Por eso el Código, modificando en este punto la doctrina sancionada por la legislación anterior, autoriza en su art. 1973, que la simple reclamación particular ó extrajudicial del acreedor interrumpa el curso de la prescripción citada. Pero en la adquisitiva son distintas las circunstancias y la razón legal, pues como el fin de la misma es la adquisición del dominio ó de algún derecho real que antes de ella no se tiene, ó no forma parte del patrimonio del que prescribe como dicen los tratadistas, y cuya adquisición

viene á favorecer la ley por los motivos de interés social que tenemos ya dichos, desde luego resulta de una evidencia indiscutible, que en vez de facilidades debe poner trabas la ley á la interrupción para no impedir el perfeccionamiento y la plena constitución ó creación del derecho que concede al poseedor por consecuencia de la posesión continuada, sin contradicción eficaz, por el plazo establecido por la misma con dicho objeto.

Esta brevísima indicación, que por sí sola basta para justificar los límites reducidísimos de la causa de interrupción que ahora examinamos, sirve también para contestar á otra objeción que pudiera hacerse á dicha limitación, derivada del precepto del art. 478 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que no deja de producir efecto el acto conciliatorio hasta dos años después de su celebración, si no fuere seguida de la interposición de la correspondiente demanda en todo ese tiempo.

Fundados en esa distinción de plazos fijados en los artículos 478 y 479 de la citada ley procesal, han creído algunos autores que existía determinada contradicción entre los mismos, puesto que en uno se concede eficacia al acto conciliatorio, por sí solo y sin necesidad de la subsiguiente presentación de la demanda, durante un plazo de dos años, mientras que en el otro se le priva de virtualidad para uno de sus efectos naturales, cual es el de interrumpir civilmente la posesión, y por consecuencia de ello la prescripción, si á los dos meses no se interpone la demanda, siendo así que éste es un efecto propio de toda reclamación ó contienda judicial sobre la cosa poseída ó que trate de prescribirse.

El error de que parte dicha impugnación al precepto citado, proviene de querer equiparar la citación para el acto conciliatorio, y aun dicho acto, á la citación para el juicio, que es á lo que se refiere el art. 1945 del Código al establecer la primera de las causas de la interrupción civil: error que queda plenamente evidenciado con sólo fijarse en el distinto objeto y en la naturaleza diversa de ambas actuaciones. Cierto es que en uno y otro caso se convoca á las partes á la presencia de la autoridad judicial

para debatir y contender ante ella el derecho de cada una á la cosa ó derecho poseído, sometiéndose á la resolución de la misma, si no hay avenencia en el primer caso ó si no se allana el demandado en el segundo; pero las circunstancias para los efectos de la prescripción son distintas, pues en la citación para el juicio se hace saber al citado que es demandado desde luego y con qué objeto se le demanda, y no puede caber duda sobre ello, toda vez que está promovido ya el pleito; mientras que en el acto conciliatorio no concurre dicho requisito, porque después de él puede no entablarse el juicio en vista de las explicaciones que se dieren, y por lo tanto, el demandado no tiene tanta seguridad, como en el caso anterior de que se entable la *litis* ó la contienda judicial, ni puede estimarse impugnada ó contradicha todavía la posesión en que se halla, porque puede llegar á no interponerse el pleito y á no ser perturbado en ella natural ó civilmente.

La razón de esa limitación establecida en el art. 479 antes citado, es la misma que tuvieron los autores de la vigente ley de Enjuiciamiento civil para reducir la necesidad y los efectos del acto conciliatorio, introduciendo la reforma considerable que en este punto se registra en dicha ley. Pero además, con ello se trató, por lo que á la prescripción se refiere, de cortar los abusos que en otro caso podrían originarse, intentando interrupciones indefinidas y á largo plazo, por medio de tales actos, sin propósito serio de promover una verdadera contienda judicial, sino con otros fines más ó menos censurables. Esto no era propio del respeto que merece y debe merecer la prescripción adquisitiva y, para evitarlo, dispuso el legislador muy acertadamente la limitación que establece el art. 1947 de este Código, con lo que no se priva al interesado en interrumpir la posesión del derecho que le asiste para entablar las reclamaciones que procedan con tal objeto, ni se perjudica tampoco el interés del poseedor que estuviere prescribiendo.

Por otra parte, la disposición del art. 1947 del Código, no es más que una consecuencia necesaria del precepto establecido en

el 479 de la ley procesal, pues declarándose en éste que el acto de conciliación no produciría el efecto de interrumpir la prescripción si no se promoviere el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes á su celebración sin avenencia, no podía dejar de reconocerse, sin faltar á las más elementales reglas de la lógica, que puede surtir dicho efecto en el caso de cumplirse la condición indicada, presentando dentro de dicho término la oportuna demanda sobre posesión ó dominio de la cosa cuestionada en el acto conciliatorio.

Según veremos más adelante, al ocuparnos de las concordancias que tienen con las legislaciones extranjeras los artículos objeto de nuestro actual estudio, algunos Códigos como los de Francia y Bélgica y el de Vaud, establecen análogo precepto, y si otros callan sobre ello, no es porque le contradigan, sino porque en dichas legislaciones no se conoce el acto conciliatorio, y, por consiguiente, no pueden hacer mención especial de él, hallándose comprendido entre los demás actos análogos interruptores de la posesión.

El Proyecto de 1851, en su art. 1986, propuso un precepto análogo también al 1947 del Código vigente, si bien el plazo fijado en aquél era el de un mes, cuyo término es igual al establecido en el art. 57 del Código de procedimiento francés, habiéndose apartado de ese criterio los autores del nuevo Cuerpo legal por estimar demasiado breve dicho plazo, dadas las dificultades con que á veces suelen tropezar las partes para proveerse de los elementos necesarios para la interposición de sus demandas.

Réstanos ocuparnos de una duda que pudiera suscitar la inteligencia de la disposición indicada de nuestro Código. En efecto, celebrado el acto de conciliación sin avenencia, ¿produce éste *desde luego* la interrupción, ó hay que esperar á que transcurran los dos meses ó á que se interponga la demanda si se presentare antes de dicho término?

La ley no resuelve esta cuestión de una manera expresa, clara y terminante, pero si se recuerda lo dicho acerca de aná-

loga duda respecto de la interrupción natural, la solución ha de parecernos sumamente fácil y expedita.

En efecto: la ley hace depender la eficacia de esta causa de interrupción, de una condición suspensiva, puesto que hasta el cumplimiento de dicha condición no empieza la virtualidad de ella y no surte el efecto indicado. Esa condición, claramente deducible de los términos en que se halla concebido el art. 1947 de nuestro Código, es la de que dentro del término fijado por el mismo, se presente la demanda sobre posesión ó propiedad. Y si sólo surte el efecto interruptor cuando esa condición se ha cumplido, es indudable que en el tiempo transcurrido desde la celebración del acto conciliatorio hasta la interposición de la demanda ó hasta el transcurso de los dos meses, en otro caso, no puede estimarse interrumpida la posesión, y, por consiguiente, la prescripción, porque la celebración de dicho acto no interrumpe por sí sola dicha posesión, ni puede producir este efecto si no va acompañada del otro requisito. Á lo sumo podrá estimarse en suspenso la eficacia de la posesión hasta ver si se cumple ó no la condición citada, para resolver conforme al resultado.

Así es, que, si dentro de los dos meses se interpone la demanda, se interrumpirá la posesión y se retrotraerá dicha interrupción á la fecha de la celebración del acto de conciliación; y si transcurriese dicho término sin haberse presentado la demanda, se considerará subsistente la posesión y ganado en ella á favor de la prescripción el tiempo pasado desde el acto conciliatorio, como si éste no hubiera tenido lugar y no se hubiese iniciado dicha causa de interrupción.

Actos de reconocimiento del derecho del dueño por el poseedor.—Según tenemos ya indicado, esta es otra de las causas por las que se produce la interrupción civil de la posesión á los efectos de la prescripción. Ocupándose de ella el art. 1948, último de los que hemos reunido para su examen en conjunto, dice que puede surtir ese resultado cualquier reconocimiento que el poseedor hiciere del derecho del dueño, ya sea expreso, ya tácito,

dicho reconocimiento. Dos son, pues, los medios por los que puede producirse el efecto interruptor por esta causa; uno reconociendo de una manera expresa el derecho del dueño de la cosa poseída; otro ejecutando cualquier acto que implique dicho reconocimiento.

Sin dificultad alguna se comprende que en ambos casos se produzca la interrupción, porque desde el momento de ese reconocimiento, expreso ó tácito, deja de poseer en concepto de dueño el que prescribe, puesto que conforme al art. 445 no puede reconocerse la posesión de hecho y en concepto de dueño en dos personas distintas á la vez, como no sea en los excepcionales casos de la indivisión. Y si á partir de dicho reconocimiento no posee en concepto de dueño el poseedor ó tenedor de la cosa poseída, no puede llegar á producir efecto para prescribirla el tiempo transcurrido desde entonces, porque según el precepto terminante del art. 447, ya en otra ocasión citado, «sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio».

No es necesario decir más para dejar justificada la disposición consignada en el citado art. 1948; pero para evitar torcidas interpretaciones á que pudiera dar lugar la amplitud de sus términos, debemos apresurarnos á manifestar que no todo acto de reconocimiento del derecho del dueño puede producir la interrupción, sino que para ello es indispensable que tales actos sean válidos y eficaces en derecho.

En efecto; si el reconocimiento llevado á cabo de una manera expresa, ó los actos generadores del tácito, tuvieran como único fundamento el error, el dolo, la violencia ó cualquiera otra causa de las que vician el consentimiento, ineficaces serían uno y otro medio de reconocimiento para producir la interrupción, porque la ley no podría reconocer efecto alguno en esa viciada manifestación de la voluntad ó del consentimiento. Si los actos llevados á cabo por el poseedor al reconocer el derecho del dueño fueran productos de un delito, ó de alguna causa contraria á las leyes ó á la moral, esos actos serían nulos con arreglo á dere-

cho, y los actos nulos no pueden producir efectos jurídicos que sean válidos y eficaces.

Además, esos actos de reconocimiento deben ser ejecutados, para que resulten eficaces, antes de que la prescripción se hubiere perfeccionado, porque en otro caso implicarían á lo sumo una renuncia del derecho ganado ó adquirido por la prescripción, pero de ningún modo podrían venir á interrumpir el nacimiento de un derecho ya creado. Recuérdese lo que en otra ocasión tenemos dicho acerca de esto con relación á la interrupción natural, así como la sentencia entonces citada de 18 de Marzo de 1802, en la que precisamente por esa causa se declaró que no eran actos interruptores de la prescripción de un censo, motivada por el hecho de no haberse pagado las pensiones del mismo durante treinta años, la confesión del censatario expresiva de haber sido reclamadas, aunque no satisfechas, dichas pensiones, ni el hecho de haber consignado el censo y descontado su valor en una escritura de venta de las dos terceras partes de la finca censida.

El mismo Tribunal Supremo, en repetida jurisprudencia anterior á la publicación del Código, pero que es aplicable aun después de la vigencia de éste, tiene también establecida la doctrina de que el deslinde y apeo de una heredad, practicado con el único objeto de señalar sus límites, no interrumpe la posesión llevada á cabo con el fin de prescribir; y se explica bien que así haya sido estimado por dicho Tribunal, puesto que en ese acto no hay reconocimiento alguno por parte del poseedor á favor del dueño en cuya contra ó en cuyo perjuicio se utiliza la prescripción. Por el contrario, sí existirá dicha interrupción, si por virtud del deslinde practicado se reclamare judicialmente la cosa que se pretende prescribir. Entre otras sentencias que establecen dicha doctrina, pueden consultarse las de 28 de Enero de 1859 y 21 de Junio de 1862, en que por primera vez se hicieron declaraciones en el sentido que tenemos indicado, cuya doctrina ha sido constantemente mantenida aun después de la promulgación del nuevo Cuerpo legal.

Algunos precedentes relativos á la eficacia del reconocimiento expreso ó tácito del dominio, ó del derecho del dueño, encontramos en la legislación romana (1) y en la de Partidas (2), habiéndose propuesto de acuerdo con ellos un precepto análogo en el art. 1987 del proyecto de Código de 1851. También en los Códigos de Francia, Bélgica, Austria y Holanda, se establece disposición concordante, añadiéndose en el último de ellos como determinante posible del reconocimiento, el que éste se llevase á efecto «por palabras ó por acciones», que es lo mismo que con mayor claridad ha venido á decir el nuestro al preceptuar que el reconocimiento que interrumpe la posesión puede ser *expreso* ó *tácito*.

C) *Efectos de la interrupción de la posesión en cada uno de los modos ó formas admitidos y según las causas que la determinen.*—El justo deseo de no dar al presente tomo de esta obra una extensión inadecuada, nos obliga á ser breves y concisos siempre que las circunstancias lo permiten, y uno de los casos en que hemos de proceder de ese modo, es al tratar de los efectos producidos por la interrupción de la posesión, puesto que en las consideraciones precedentes, expuestas en este ya extenso comentario, hemos hecho alguna indicación respecto de tales efectos.

Distintos son éstos según se trate de la interrupción natural ó de la civil, y aun dentro de ésta, pueden ser diversos también, dependiendo la razón de su diferencia de la causa que determine la interrupción. Y puesto que se trata de consecuencias jurídicas diferentes, vamos á ocuparnos con la separación de los efectos de dicha interrupción, en cada uno de los casos en que puede producirse.

Interrupción natural.—En su lugar expusimos que la interrupción natural de la posesión no la constituye cualquier acto de violencia, sino que inspirada la ley en el laudable propósito de que la prescripción no venga á ser una institución ampara-

(1) V. ley 7.ª, tít. 39, libro 7.° del Código, en sus párrafos 5.° y 6.°
(2) V. ley 29, tít. 29 de la Partida 3.ª

dora del despojo y que conceda á éste efectos legítimos ó jurídicos, requiere que los actos que hagan cesar la posesión sean eficaces con arreglo á las leyes, llevados á cabo antes de que la prescripción se perfeccione, y que el estado de cesación en la posesión determinado por dichos actos persista durante más de un año.

Si concurren dichos requisitos, la interrupción natural producirá sus propios efectos. Son éstos de tal importancia, que hacen ineficaz la posesión tenida hasta entonces, desapareciendo todas las consecuencias jurídicas de la misma como si no hubiese existido dicha posesión, pues, como ha dicho un autor, ante el derecho moderno como ante el derecho romano, la interrupción natural, aun recobrada la posesión, produce tales efectos que una vez interrumpida la posesión, no puede enlazarse la antigua con la nueva para los efectos de la prescripción.

Ese efecto que ya en el derecho romano producía dicha clase de interrupción, según puede verse en la ley 7.ª, párrafo 4.º, tít. 4.º del libro 41 del Digesto, fué sancionado igualmente en nuestra patria por la legislación de Partidas, porque como se decía en la ley 29, tít. 29 de la 3.ª de ellas, perdida la posesión por desamparar la cosa poseída, ó por perder la tenencia de ella antes de que fuere cumplido el tiempo por el que la podía ganar el poseedor, «magüer la cobre despues desso, non puede ayuntar el tiempo passado, con el que es de venir, nin contarlo en uno para poderla ganar por ende; mas de aquel día en adelante que la cobrare deue començar a contar de cabo». No se entienda que por hablar dicha ley de la pérdida de la *tenencia* de la cosa poseída, se refiere tan sólo á las corporales, pues según la nota puesta á dicha ley por Gregorio López, «la cuasi posesión en las cosas incorporales se interrumpe como la posesión en las corporales».

Ese estado de derecho respecto de la interrupción natural de la posesión á los efectos de la prescripción, importado del derecho romano en el de Castilla por las leyes citadas, sirvió de base á las disposiciones del nuevo Código, en cumplimiento á lo ordenado en la base 1.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, conforme

á la que debían inspirarse los autores de este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil, en el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio; y por eso al regularse conforme á la última parte de la base 11 de dicha ley lo relativo á las condiciones á que había de ajustarse la pérdida del derecho posesorio, en la diversa clase de bienes y por los distintos modos en que puede realizarse la misma, se tuvo muy buen cuidado de no establecer precepto alguno que estuviese en contradicción con el derecho anterior en cuanto á este extremo.

La razón de dicha disposición, está en el criterio adoptado respecto á la prescripción de las acciones posesorias. Al tratar de la prescripción de acciones y especialmente al examinar el precepto del núm. 1.° del art. 1968, veremos que prescribe por el transcurso de un año la acción que al poseedor compete para recobrar ó retener la posesión; y, por lo tanto, si el que estuviese poseyendo con ánimo de prescribir cesase en la posesión de la cosa ó en el disfrute del derecho que haya de ser objeto de la prescripción, y esa cesación durase más de un año, ya no podría pretender recobrar ó retener la posesión en que estaba, porque había perdido por prescripción extintiva la acción que le corresponde para ello, y en vez de la vía breve y rápida del interdicto, tendría que promover el juicio plenario de propiedad para que en vía ordinaria se declarase su derecho, dependiendo entonces del cumplimiento de la ejecutoria, el hecho de la posesión.

Por este motivo, porque la interrupción prolongada por más de un año priva al que fué interrumpido en su posesión de la acción posesoria para recobrarla ó retenerla, borrando la posesión anterior desde el momento que hay otro que por el transcurso de dicho término la ha ganado, no puede, en el caso de recobrarla después, computar en el plazo de la prescripción el tiempo que anteriormente estuviese poseyendo. Portalis lo ha dicho con frase sintética á propósito del art. 2251 del código francés y del 23 del de procedimientos civiles, quien después de exponer

los motivos filosóficos de la fijación del plazo indicado, afirma que «la posesión que ha precedido á la interrupción, no merece en adelante consideración alguna para la prescripción».

No obsta á esta conclusión el precepto del art. 466, porque éste se refiere á una posesión *indebidamente* perdida, y el artículo 1944, en relación con el 460, núm. 4.°, y con el 1968, número 1.°, se refieren á la adquisición legal de la posesión por un tercero, que posee por más de un año, y por tanto, á la extinción debidamente producida de la posesión anterior.

La razones en que se funda la pérdida de la eficacia de la posesión anterior á la interrupción, cuando la cesación determinante de ella se ha prolongado por más de un año, no concurren en el opuesto caso, es decir, en el de no exceder de un año dicha cesación, pues como entonces no se ha extinguido la acción para recobrarla ó retenerla, ni se considera interrumpida de derecho ó legalmente, á los efectos de la prescripción, la posesión en que se hallara el que estaba prescribiendo, no hay inconveniente alguno ni ninguna razón jurídica que impida unir á la posesión posterior la anterior, debiendo, en su virtud, computarse á favor de la prescripción todo el período de tiempo transcurrido desde que se ejecutó el acto interruptor hasta que se recobró la posesión, toda vez que ésta, para los efectos legales, no estuvo ni por un momento suspendida, por no producir dicho resultado la mera interrupción *de hecho*, inferior al término antes indicado.

Interrupción civil.—Lo contrario de lo que ocurre en la interrupción natural, sucede en la civil, pues en cualquiera de los casos que la motivan, al recobrarse de nuevo la posesión, puede unirse el tiempo transcurrido durante la interrupción al ganado anteriormente, como si la posesión hubiera continuado de hecho, puesto que ninguno de los requisitos necesarios para la prescripción resultarían menoscabados en lo más mínimo con ello.

En efecto, dos son los elementos que requiere la posesión llevada á efecto con ánimo de prescribir: uno material y otro intelectual; uno de hecho, consistente en la posesión, en concepto de dueño, pacífica, pública y continuada por todo el término es-

tablecido por la ley para dicho efecto; otro moral, derivado de la voluntad y de la intención del poseedor, cual es el propósito y el *animi prescribendi* ó el *animi adipiscendæ possesionis*, como le llaman los autores. En cuanto al primero de ellos, no afecta para nada la interrupción civil, puesto que, conforme tenemos dicho en otra ocasión, el poseedor no dejará de poseer de hecho en dicho caso, sino que la ley, por una ficción de derecho, supone en suspenso dicha posesión hasta que vuelva á ser recuperada ó cese la interrupción por haber cesado la causa que la motive. Y respecto al elemento moral, ó sea á la intención de prescribir, no sufre alteración ni modificación alguna por el hecho interruptor, pues continúa en el poseedor el mismo *animi prescribendi* después de la causa de interrupción que antes. Así es que, aun cuando interrumpida de derecho momentánea ó temporalmente la posesión en los casos indicados, continúa de hecho su curso normal y no perjudica al poseedor ni á la prescripción el tiempo en que estuvo en suspenso.

Esto es consecuencia del precepto consignado en el art. 466, en el que se declara que el que recupera, con arreglo á derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende, para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio, que la ha disfrutado sin interrupción. Para no repetir ideas ya expuestas, nos remitimos al comentario del citado art. 466, en el que quedó demostrada la procedencia de su precepto y la razón jurídica en que se funda.

Pero á más de este efecto, común á todas las causas que producen la interrupción civil de la posesión, existen otros especiales á algunas de ellas, y aunque ya nos hemos ocupado de éstos en otra ocasión, no está demás que expongamos algunas indicaciones sobre los mismos para esclarecer todo lo posible la materia de que nos ocupamos.

En la interrupción civil por citación judicial, hecha al poseedor, los efectos son distintos, según que la persona citada llegue á ser ó no parte en el pleito. Por error, ó por otras varias causas, puede entenderse la citación judicial para el juicio con

persona distinta de aquella á quien hubiere de perjudicar la posesión, ya por estimarse erróneamente que poseía para sí el tenedor de la cosa objeto de la prescripción, que poseyere en representación de otro, ya por suponerse falsamente que estuviera poseyendo quien en realidad no se hallase en posesión de la cosa controvertida; y tanto en estos casos, como en otros varios que pudiéramos citar, no surte efectos interruptores la citación aunque ésta resulte llevada á cabo por mandato judicial y con las solemnidades debidas.

Y si en tales supuestos la contienda judicial no es eficaz para interrumpir la posesión, y, por consiguiente, la prescripción que se estuviere ganando, con menos motivo habrá de producir dicho resultado cuando la persona que posea no sea la misma contra quien se haya dirigido la demanda, aunque le afecte en concepto de tercer interesado la sentencia que en el juicio recaiga, á no ser que pueda tener efectividad contra ella la resolución dictada, como causahabiente del demandado, ó por cualquier otro motivo, ó se le haya notificado en debida forma para que pueda entablar contra la misma los recursos ó las acciones procedentes.

Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Noviembre de 1900, en la que se estableció la doctrina de que no apareciendo que fueran parte en el pleito, que se alega como hecho que interrumpió la posesión, aquellos contra quienes se produce ó invoca dicha interrupción, ni que se les notificara el fallo, ni que para los mismos tuviera efectividad alguna la sentencia que recayera en el litigio, no puede decirse interrumpida la posesión.

Otro de los efectos especiales de la citada causa de interrupción civil es el conceder al actor en el litigio los frutos de la cosa poseída, si prospera su demanda, cesando el poseedor en el disfrute de ellos desde que legalmente se interrumpiere la posesión. Varias son las sentencias en que el citado Tribunal ha establecido uniforme jurisprudencia acerca de ello; pero sobre

todas merece especial atención las de 7 de Diciembre de 1899 y 11 de Julio de 1903.

La solución adoptada en dichos casos es perfectamente jurídica, y se funda en una lógica consecuencia de principios establecidos por el Código en el tít. 5.° del libro 2.° En efecto, la buena fe se presume siempre en el poseedor, y hasta tal punto reconoce la ley dicho principio, que aun cuando el título en cuya virtud se esté poseyendo adolezca de algún vicio que le invalide, le reputa poseedor de buena fe si ignora dicho vicio, según terminantemente preceptúa el art. 433, no perdiendo su primitivo carácter, conforme al art. 435, la posesión adquirida de buena fe en tanto que no existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee indebidamente la cosa objeto de ella. Ahora bien: como poseedor de buena fe hace suyos, con arreglo al art. 451, los frutos percibidos hasta entonces, por la razón ya dicha; pero desde el momento en que es citado judicialmente, ya no puede alegar ignorancia del vicio ó ineficacia de su título, ó de la falta de él, ni de la existencia de otro de mejor derecho que el suyo; y si conociendo esto, como tiene que conocerlo por la entrega que ha de hacérsele de la demanda, en vez de allanarse á la reclamación que en ella se deduce, se opone á la misma, haciendo necesario el litigio, entonces perderá el carácter de buena fe su posesión, según el art. 435 antes dicho, y por tal motivo perderá el derecho á los frutos que hasta la interpelación judicial hubiera estado disfrutando en tal concepto.

La segunda de las sentencias que hemos indicado se refiere al trámite de la contestación á la demanda al designar el momento en que el poseedor citado judicialmente deja de hacer suyos los frutos de la cosa poseída; pero la primera se contrae al acto de la citación, que es también lo más conforme con el precepto del art. 451, pues debiendo dejar de hacer suyos los frutos percibidos el poseedor, según el mismo, desde que se interrumpa legalmente la posesión; y surtiendo de derecho dicho efecto la citación judicial tan pronto como fuere hecha con las solemnidades legales, es evidente que desde dicho momento que-

dará interrumpida la posesión, aunque de hecho continúe en la tenencia ó en la posesión el citado hasta la resolución del pleito, y desde entonces habrá de cesar en el goce de los frutos y dejará de hacerlos suyos.

Cuanto llevamos dicho se refiere á la citación judicial legalmente hecha, seguida del correspondiente juicio, mantenido por todos sus trámites, y en que la sentencia no fuere absolutoria para el poseedor, pues si la citación fuese nula por falta de solemnidades, ó desistiere el actor de su demanda, ó dejare caducar la instancia, ó el poseedor fuese absuelto, entonces habrá de considerarse como no hecha la citación, y no producirá ésta los efectos de la interrupción, con arreglo á lo establecido en el artículo 1946, como tenemos ya indicado. Podrá surtir dichos efectos, momentánea ó temporalmente, la citación hecha; pero después de producirse alguna de dichas circunstancias, no sólo cesarán, sino que se borrarán de la existencia de los hechos jurídicos sus consecuencias, desapareciendo éstas y restableciéndose las cosas al estado legal que tenían antes de practicarse la citación.

Conforme con las indicaciones precedentes y en armonía con el núm. 3.º del art. 1946, tiene declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Enero de 1897, que si la interpelación judicial fuere desestimada, se tendrá por no hecha la misma para los efectos de la prescripción, y, por consecuencia de dicha declaración, no producirá efecto interruptor alguno.

Lo expuesto acerca de la citación judicial es aplicable también al acto de conciliación seguido de la interposición de la demanda de propiedad ó de posesión, dentro del término de los dos meses siguientes á su celebración. En tales circunstancias, dicho acto produce la interrupción y surte los efectos comunes y especiales que hemos dicho, no sólo con relación al citado para el mismo en el concepto de demandado, sino también respecto de los causahabientes de éste y de las demás personas para quienes pueda tener alguna eficacia, como terceros interesados ó por cualquier otro motivo, la sentencia que se dicte en el pleito,

aunque no hayan sido parte en él, si en cuanto á los mismos se hubieren cumplido los requisitos ó formalidades á que se refiere la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 23 de Noviembre de 1900, de que antes nos hemos ocupado.

En cuanto á la interrupción producida por cualquier reconocimiento, expreso ó tácito, que el poseedor hiciere del derecho del dueño de la cosa poseída, además del efecto general y común antes expresado, puede surtir también efectos especiales, según las circunstancias de cada caso.

Ante todo, recuérdese lo que dijimos acerca de las condiciones que deben concurrir en los actos de reconocimiento indicados para que tengan la virtualidad ó eficacia necesaria al efecto de interrumpir la posesión, mantenida con el propósito de llegar á la prescripción del dominio ó de los demás derechos reales. Dichos actos han de ser conformes á derecho, capaces de producir efectos interruptores y llevados á cabo antes de que la prescripción se perfeccione. Y he aquí la causa de los efectos especiales que pueden producir los actos de reconocimiento realizados. Si éstos tienen lugar antes de transcurrir todo el término señalado por la ley, entonces interrumpirán la posesión *con todas las consecuencias jurídicas consiguientes,* siempre que reunan las condiciones legales requeridas para ello: es decir, *siempre que fueren eficaces en derecho.* Pero si los actos indicados tuvieran ejecución después de transcurrido el plazo señalado por la ley, habiéndose producido por consecuencia de ello la prescripción y después de haberse ganado por dicho título el dominio ó el derecho objeto de la misma, entonces en vez de la interrupción civil de la posesión, surtirá otro efecto distinto, con consecuencias distintas también, cual es la renuncia á la prescripción ganada ó al derecho adquirido por ella.

La diferencia en cuanto á dichos efectos es bien patente por los diversos resultados que produce. En el primer caso, desde el momento del reconocimiento del dominio ó del derecho del dueño por parte del poseedor, queda de derecho ineficaz para prescribir la posesión que éste tuviera, borrándose todas las consecuencias

de la misma por la falta del requisito esencial exigido en el artículo 447, para que pueda servir de título para adquirir el dominio, ó sea la condición de poseer en concepto de dueño aquello que trate de adquirirse por dicho título. En efecto, como el hecho de la posesión en el concepto de dueño no puede reconocerse á la vez en dos personas distintas, fuera de los casos de indivisión, según el art. 445, resulta que al reconocer el poseedor el derecho del dueño de la cosa poseída, demuestra y patentiza con dicho acto que no ha poseído ni posee en dicho concepto, porque no podría coexistir su posesión con la que de derecho corresponde al dueño. La ley supone entonces que no ha existido legalmente dicha posesión, cuando menos para los efectos de la prescripción, y recuperada por virtud de ello la posesión por parte de dicho dueño, ha de entenderse, conforme al art. 466, para todo lo que pueda redundar en su beneficio, que éste la ha disfrutado sin interrupción alguna. Desaparece, pues, la posesión tenida por el que lleva á cabo el reconocimiento, ó mejor dicho, quedan ineficaces los efectos de la misma: cesa, por lo tanto, el derecho á la prescripción, y las consecuencias jurídicas de ese restablecimiento se retrotraen al momento en que comenzó la posesión por el mismo, como si ésta no hubiera existido.

Por el contrario, si el reconocimiento expreso ó tácito tiene lugar después de ganada la prescripción, entonces los únicos efectos que producirá serán los de una renuncia del derecho adquirido, y sólo surtirá efecto el restablecimiento producido por dicha renuncia desde la fecha de la misma, en vez de retrotraerse al momento en que comenzó la posesión por el renunciante, y no dejara ésta de producir las consecuencias jurídicas, en todo lo que no afecte á la renuncia de la prescripción ganada. Por eso en la sentencia de 18 de Marzo de 1902, de que antes nos hemos ocupado, estableció el Tribunal Supremo la doctrina de que para estimarse interrumpida la prescripción por esta causa, era preciso que los actos de reconocimiento que la determinaran se realizasen durante el tiempo marcado por la ley para que pueda producirse aquélla, no debiendo confundirse con los ac-

tos interruptores los que se verifiquen con posterioridad, que puedan implicar ó significar una renuncia del beneficio de la prescripción.

Excusado es decir que el que defiende la subsistencia del derecho y la obligación correlativa por consecuencia de la interrupción de la posesión y de la prescripción consiguiente, ó el interesado en hacer valer dicha interrupción, son los que, conforme á los buenos principios y á la teoría dominante del *onus probandi,* deben soportar la carga de la prueba de los actos interruptores, ó sea de aquellos que impliquen el reconocimiento expreso ó tácito, productor de la interrupción. Es decir, que del resultado de la prueba de dichos actos dependerán los efectos de esta causa de interrupción, siendo también distintos los efectos ó las consecuencias de ella en uno ú otro caso, según resulten ó no debidamente probados por el interesado en la interrupción de la prescripción los actos indicados.

Además, la ley exige otra condición para que dichos actos produzcan la interrupción, y del cumplimiento de dicha condición dependerá el que la causa que le da origen surta unos ú otros efectos especiales. Según resulta de los términos en que se halla redactado el art. 1948, último de los que son objeto de este comentario, el reconocimiento que produce la interrupción de la posesión, es el que se hace de una manera expresa ó tácita, por parte del poseedor, *del derecho del dueño,* y no el que tuviere lugar á favor de una tercera persona.

La razón jurídica de esa exigencia de la ley es la misma que sirve de fundamento al precepto del art. 463, y desde luego se comprende que el reconocimiento produzca diversos efectos, según sea hecho á favor del dueño de la cosa poseída ó de otra persona distinta. En el primer caso deja el poseedor de poseer la cosa ó el derecho de que se trate, en concepto de dueño, y por lo tanto, cualquiera que sea el tiempo que estuviere poseyendo no podrá tener lugar la prescripción ni producirá las consecuencias de ésta por la falta de ese requisito esencialísimo que tantas veces hemos indicado, y que tiene su fundamento en el ar-

tículo 447, según el que, sólo la posesión adquirida y disfrutada en concepto de dueño, es la que puede servir de título para adquirir el dominio, y por consiguiente, para la prescripción adquisitiva.

Por el contrario, el reconocimiento de alguna facultad determinada sobre la cosa ó sobre el derecho especial de que se trate, á favor de alguna persona distinta del dueño de esa cosa ó de ese derecho, podrá implicar alguna limitación en la integridad de la posesión que tuviere el que pretende prescribir, pero no priva á dicha posesión de la cualidad de estar realizada en concepto de dueño ni del *animus prescribendi*, porque el reconocimiento en dicho caso, como cualquier derecho ó acto relativo á la posesión, tolerado ó consentido por el poseedor á persona distinta del dueño de la cosa ó derecho que posee, ni afecta al dominio ni perjudica á los derechos que el poseedor tiene á aprovecharse de las consecuencias jurídicas de su posesión.

De lo dicho resulta que el reconocimiento del derecho del dueño surte necesariamente el efecto de interrumpir civilmente la posesión tenida con el fin de prescribir, y que el que se hiciere de actos ó de derechos relativos á dicha posesión á favor de otra persona distinta producirá otros efectos especiales, más ó menos limitadores de la misma, pero no la interrupción indicada, porque no desaparece el concepto de dueño en que sigue poseyendo aquél.

Otras consideraciones podríamos exponer acerca de las diversas consecuencias jurídicas ó de los distintos efectos especiales que con relación á la interrupción civil de la posesión y de la prescripción produce ó puede producir cada una de las causas que con arreglo á la ley motivan dicha clase de interrupción; pero las indicaciones hechas bastan á nuestro propósito por ahora, pues ellas compendian los puntos ó las cuestiones principales que se refieren á dicha materia, por lo que no insistimos más en esto, pasando desde luego á la segunda parte del prepresente comentario.

II. *Concordancias.*—Para completar el estudio de los seis ar-

tículos que hemos agrupado para su examen en conjunto, réstanos exponer algunas de las concordancias que tienen sus preceptos con los de disposiciones análogas de los Códigos extranjeros, si bien habremos de limitarnos á las más importantes para no dar mayor extensión á este comentario.

El art. 1943, sustancialmente con el 2242 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2123 del de Italia, con el 552 del de Portugal, con el 1232 del de Méjico, con el 677 del de Guatemala, con el 1193 del del Uruguay, con el 3482 del de la Luisiana, con el 2501 del de Chile, con el 2270 del de Bolivia, con el 1658 del de Vaud, con el 1117 del de la Baja California y con el 2466 del de Veracruz-Llave.

El 1944, á su vez, concuerda con el 2243 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2124 del de Italia, con el 552 del de Portugal, con el 2015 del de Holanda, con el 2467 del de Veracruz-Llave, con el 677 del de Guatemala, con el 3984 del de la República Argentina, con el 1194 y el 1195 del del Uruguay, con el 2502 del de Chile, con el 2270 del de Bolivia, con el 1651 del Vaud, con el 3483 del de la Luisiana, con el 1117 del de la Baja California, con el 1232 del de Méjico y con algunos otros.

El 1945 tiene á su vez concordancias con los artículos 2244 y 2246 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2125 del de Italia, con el 552 del de Portugal, con el 2016 y el 2017 del de Holanda, con el 1497 del de Austria, con el 1652 y el 1656 del de Vaud, con el 3484 del de la Luisiana, con el 677 del de Guatemala, con el 1196 del del Uruguay, con el 2503 del de Chile, con el 2271 del de Bolivia, con el 3986 del de la República Argentina, con el 1232 del de Méjico, en sus números 2.º al 4.º, con el 1117 del de la Baja California y con el 2468 del de Veracruz-Llave.

El art. 1946 concuerda con el art. 2247 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2128 del de Italia, con el 552 del de Portugal, en su núm. 2.º, con el 2018 del de Holanda, con el 1653 del de Vaud, con el 3485 del de la Luisiana, con el 677 del de Guatemala, con el 1198 del del Uruguay, con el 2503 del de

Chile, con el 2272 del de Bolivia, con el 1232 del de Méjico, en su núm. 2.º, con el 1117 del de la Baja California, también en su núm. 2.º, y con el 2469 del de Veracruz-Llave.

A su vez el art. 1947 concuerda, entre otros, con el 2245 de los Códigos de Francia y Bélgica, si bien la designación del término está reservada al Código de procedimientos que le fija en un mes, con el 2125 del de Italia en su segunda parte, cuyo artículo coincide también con el nuestro en cuanto al plazo de los dos meses concedidos para la presentación de la correspondiente demanda, con el 552 del de Portugal, en su núm. 3.º, con el 1654 del de Vaud, con el 1197 del del Uruguay, si bien difiere en cuanto á dicho plazo, puesto que el señalado en él es de treinta días, con el 2470 del de Veracruz-Llave, que fija el mismo término que el anterior, con el 1232 del de Méjico, en su número 3.º, y con el 1117 del de la Baja California, también en su núm. 3.º, el cual, como el francés y el belga, señala un plazo de un mes para la presentación de la demanda.

Y el 1948 tiene concordancias con el 2248 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2199 del de Italia, con el 552 del de Portugal, en su núm. 4.º, con el 1497 del de Austria, con el 2019 del de Holanda, con el 1655 del de Vaud, con la diferencia que ya expusimos en el comentario de añadir éste que el reconocimiento podía hacerse «por palabra ó por acciones», con el 3486 del de Luisiana, con el 677 del de Guatemala, en su núm. 3.º, con el 1195 del del Uruguay en su núm. 2.º, con el 2278 del de Bolivia, con el 2471 del de Veracruz-Llave, con el 3989 del de la República Argentina, con el 1232 del de Méjico, en su número 4.º, y con el 1117 del de la Baja California, también en el mismo número 4.º

ARTÍCULO 1949

Contra un título inscrito en el Registro de la propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio ó derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, de-

biendo empezar á correr el tiempo desde la inscripción del segundo.

Fundamento jurídico de este precepto.—La disposición de este artículo es consecuencia del precepto contenido en el 462 de este Código y de los principios sancionados por la ley Hipotecaria. A partir de la publicación de ésta, la prescripción no hace fuerza contra un tercero que tenga inscrito en el Registro de la propiedad correspondiente el título de su derecho ó de su dominio, á no ser que el que prescriba lo haga en virtud de otro título de las mismas condiciones de eficacia que el de la persona en cuyo perjuicio se intente ó ejercite la prescripción, y que se halle inscrito también, porque en dicho caso esta inscripción será el punto de partida en la determinación del derecho á prescribir, como lo es también para el cómputo del plazo que se necesita para la prescripción de la cosa poseída.

Con arreglo al art. 35 de la ley Hipotecaria, la prescripción que no requiera justo título no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla, y la que requiera justo título, tampoco perjudicará á tercero, si el título no se halla inscrito, contándose en uno y otro caso el término para la prescripción desde la fecha de la inscripción.

Añade dicho artículo, que en cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté prescribiendo, debe calificarse el título y contarse el tiempo con arreglo á la legislación común.

Comparando este artículo con el del Código, se observa que el primero abarca en su precepto tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria, y niega expresamente al dueño legítimo la consideración de tercero, mientras que el segundo, sin esta aclaración, se refiere únicamente á la prescripción ordinaria.

Rectamente entendidos sus términos resulta que pueden ocurrir dos casos: uno en que la prescripción adquisitiva del dominio ó de los demás derechos reales sea la ordinaria, y otro en que sea la extraordinaria, y en el primero de ellos es cuando

únicamente puede tener aplicación la disposición de este artículo.

Con arreglo á él la prescripción ordinaria no surtirá efecto en perjuicio de tercero contra un título inscrito en el Registro sino en virtud de otro título igualmente inscrito, *debiendo empezar á correr el tiempo necesario para ella desde la inscripción del segundo de los títulos mencionados*. Es decir, que la eficacia de la prescripción depende de la inscripción del título en que se lleve á cabo; y el tiempo transcurrido en la posesión desde que ésta empezó hasta que tuvo lugar dicha inscripción, se tiene como no pasado para los efectos de la prescripción.

La razón jurídica de ello consiste en el principio consignado en el art. 25 de la ley Hipotecaria, según el que sólo surten sus efectos en perjuicio de tercero los títulos sujetos á inscripción desde la fecha de ésta, sin que pueda retrotraerse su eficacia más que al día del asiento de presentación del título correspondiente con el objeto indicado. Ese principio se violaría en efecto si se diera eficacia á la prescripción, en perjuicio de tercero, contra quien tuviera inscrito su derecho, antes de que se inscribiera el título en que se funda dicha prescripción; y no sólo se violaría ese principio, sino que además resultarían infringidos otros preceptos cuidadosamente consignados en el Código.

En efecto, el que posee en virtud de un título inscrito en el registro la cosa objeto de la prescripción, no puede menos de ser considerado como un poseedor de buena fe, cuya posesión, adquirida en tal concepto, no pierde éste su primitivo carácter, con arreglo al art. 435, mientras no existan actos que acrediten la indebida posesión por su parte, y se presumirá que la sigue disfrutando en las mismas condiciones en que la adquirió, conforme á lo dispuesto en el art. 436, en tanto que no se pruebe lo contrario. Para ello es, pues, necesario que existan actos con eficacia jurídica suficiente para poner término á esa posesión de buena fe en que de derecho está el que tiene inscrito su título en el registro, porque desde su inscripción produce ésta sus naturales efectos contra tercero y contra todos. Así es que dicha posesión es eficaz y subsistente mientras no pierda su virtualidad el

título inscrito por la inscripción de otro que la contradiga, dejando sin efectos jurídicos la inscripción anterior.

Este segundo título, una vez cumplido el requisito de su inscripción, producirá efectos en perjuicio de tercero desde ella contra el poseedor primitivo y contra todos, poniendo término á la presunción establecida en el art. 436, porque desde ese momento está contradicha la posesión del primero, y de continuar en ella de hecho, á pesar de la impugnación que implica aquélla, sería contraria á derecho y sin el necesario requisito de la buena fe. Por eso no puede surtir efecto para la prescripción enfrente del 2.º título inscrito, obstativo á la misma, la posesión en que éste continuase y la ley la supone en el segundo para los efectos indicados, porque con sujeción al art. 445 no puede reconocerse la posesión como hecho á favor de dos personas distintas á la vez, fuera de los casos de indivisión, según tenemos repetidamente indicado.

Las razones expuestas no tienen aplicación en la prescripción extraordinaria. En ella, como veremos al examinar el artículo 1959, no son necesarios ni el requisito de título ni el de la buena fe, bastando la posesión no interrumpida durante treinta años para que tenga efecto la prescripción del dominio y de los demás derechos reales. Por eso en este segundo caso no es aplicable el precepto del art. 1949, objeto del presente comentario, limitándose éste á la prescripción ordinaria, pues si para la extraordinaria no es necesario título, desde luego se comprende que no puede surtir efecto alguno, ni el que tenga aquel contra quien se intente la prescripción, ni el que pudiera corresponder al que la lleve á cabo, siendo, por lo tanto, indiferente que se halle ó no inscrito en el registro el del primero. No insistimos en estas indicaciones, porque en su día han de tener la ampliación necesaria.

La interpretación del art. 35 de la ley Hipotecaria ha ofrecido siempre dudas, y dista mucho de ser sencilla. El art. 1949 del Código no aclara aquel precepto, antes al contrario, dificulta más la resolución de las cuestiones que entraña, y aun en sí

mismo, no está redactado con la claridad que debiera. ¿Repite lo dicho en el segundo párrafo del art. 35, ó lo modifica? Si es repetición, peca de innecesaria, y al no repetir lo demás ó presentar mutilado el precepto, no se sabe si es que lo no repetido se conserva ó se deroga. El tercero en el art. 1949 ¿es el tercero que define el art. 27 de la ley Hipotecaria, ó es el tercero del art. 35, que es un tercero especial para la prescripción y distinto de aquél? El estudio de estos artículos podría llenar un tomo, y no consintiendo los límites de esta obra el examen de las múltiples cuestiones que se presentan, nos limitaremos á consignar que, en general, viene entendiéndose que el artículo que examinamos, es sólo una repetición parcial ó incompleta del art. 35 de la ley Hipotecaria.

Tanto uno como otro se refieren á los *terceros* que tienen el carácter de tales, conforme á dicho art. 35, y que en su virtud, no rige la disposición de los mismos respecto de los dueños de los inmuebles poseídos con el ánimo de prescribir ni en cuanto á los causahabientes de dichos dueños.

Esta cuestión de la posibilidad legal de ganar el dominio de los bienes inmuebles, ó los demás derechos reales, por virtud de la prescripción ordinaria obtenida al amparo de los títulos *no inscritos,* cuando se invocan ó se utilizan éstos contra el dueño legítimo por no estar considerado éste como tercero en el artículo 35 antes citado, fué sometida á resolución del Tribunal Supremo, el cual, en sentencia de 20 de Diciembre de 1901, la resolvió en sentido afirmativo, declarando á la vez que á ello no obstaba el art. 1949 del Código civil, porque éste al declarar la inmunidad de los derechos de terceros se refiere á los que lo sean conforme á la ley Hipotecaria.

Dicha resolución es de interés y la doctrina establecida en ella es de importancia suma para la buena teoría de la prescripción adquisitiva, por lo que conviene exponer, aunque sea en breve extracto, los términos de la cuestión objeto del litigio en que recayó la sentencia citada.

Por contrato otorgado en el año 1842, *A* vendió una finca

á *B*, con pacto de retro, y el mismo vendedor *A* cedió á *C* el derecho de retraerla que le correspondía, inscribiéndose oportunamente en el Registro de la propiedad la escritura de cesión del indicado derecho, así como otra que por consecuencia de ello otorgó *B* retrovendiendo á *C* la finca indicada. Dueño ya éste de ella en pleno dominio y siendo deudor de *D*, le dió en cultivo, en compensación de su deuda, la citada finca hasta la devolución de la cantidad debida, cuyo contrato se celebró en 2 de Septiembre de 1860, haciéndolo constar tan sólo en documento privado. Así las cosas en el año 1890, un hijo del dueño *C* vendió el inmueble á la Sociedad «Condal Rubinat», la cual inscribió su derecho en el Registro; pero el acreedor *D*, que desde 1860 venía en el cultivo de dicha finca, había conseguido en 1889 que fuera inscrita á su favor mediante información posesoria, á pesar de los asientos obstativos que en el Registro constaban, vendiéndola después á *E* bajo el supuesto de ser dueño de ella.

Contra dicho comprador *E* y contra su vendedor *D* promovió juicio ordinario de mayor cuantía la Sociedad «Condal Rubinat» ejercitando la acción reivindicatoria, á cuya demanda opusieron los demandados la excepción de prescripción, que fué estimada por la Sala sentenciadora; é interpuesto recurso de casación contra dicha resolución por la parte actora, citando como infringido entre otras disposiciones legales, el art. 1949 del Código civil, se declaró no haber lugar á él, exponiéndose como el primero de los fundamentos de dicho acuerdo, «que el principio establecido en los tres primeros párrafos del art. 35 de la ley Hipotecaria, según el que la prescripción no perjudica á tercero, si la posesión que hubiera de producirla ó el título invocado por el poseedor, en su caso, no estuvieren inscritos, pues sólo ha de causar sus efectos desde la fecha de la inscripción, no alcanza ó comprende al dueño legítimo del inmueble ó derecho (objeto de la inscripción), ni á los que de él traen causa, como así lo tiene declarado este Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de Enero de 1888, porque en cuanto á éstos, deter-

mina el párrafo final del mismo artículo, que se contará el tiempo con arreglo á la legislación común, sin que á ello se oponga el art. 1949 del Código civil, por referirse este precepto á los terceros de la ley Hipotecaria, la cual no conceptúa como tales, según se desprende de su art. 35, antes citado, al dueño legítimo del inmueble, ora se trate del que lo era cuando la cosa principió á ganarse por prescripción, ora de su causahabiente por título universal ó singular, por excepción en este último caso de la regla contenida en el art. 27.»

Después de tan terminante declaración no puede caber duda alguna sobre la extensión y alcance del precepto contenido en el artículo que comentamos. Según ella, dicho precepto sólo es eficaz respecto de los terceros, apreciado dicho carácter conforme á las disposiciones de la legislación hipotecaria, y no rige, ni puede regir en modo alguno en cuanto al dueño del inmueble objeto de la prescripción ó á los causahabientes del mismo por título universal ó singular, empezando á correr el tiempo de ella en perjuicio de éstos, según reglas comunes de la misma, ó sea desde que se comenzó á poseer, aunque no se halle inscrito ó se inscriba después la posesión ó el título en cuya virtud se prescriba.

II. *Concordancias.*—Pocas son las concordancias que tiene el presente título con los códigos extranjeros, pues en la generalidad de éstos es reservada dicha cuestión para las disposiciones especiales en materia hipotecaria. Sin embargo, alguna en concreto puede hallarse como sucede en el art. 2505 del Código de Chile.

ARTÍCULO 1950

La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio.

ARTÍCULO 1951

Las condiciones de la buena fe exigida para la po-

sesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código, son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales.

I. *Concepto jurídico de la buena fe como requisito para la prescripción.*—El segundo de los requisitos indispensables para la prescripción adquisitiva ordinaria, es la buena fe por parte del que posee con ánimo de prescribir. En el comentario del artículo 1940 expusimos ya la necesidad de su concurrencia, y al presente nos corresponde hacer algunas indicaciones acerca de lo que se entiende jurídicamente por buena fe y respecto de las condiciones que debe reunir la misma para que surta sus especiales efectos con relación á la prescripción, á fin de completar ó de ampliar en los términos debidos la doctrina relativa á la misma.

Consiste la buena fe del poseedor, según se hace constar en el art. 1950, en la creencia en que está el que posee de que aquél de quien recibió la cosa poseída era dueño de ella y podía transmitirle válidamente su dominio. Esta definición, recogida y sancionada por nuestro Código, no sólo es la que más generalmente se halla admitida por los tratadistas y expositores del antiguo derecho, sino también la que más se acomoda al concepto que de dicho requisito nos suministra la ley 9.ª, tít. 29 de la Partida 3.ª, según la que era necesario que el que pretendía ganar por prescripción la cosa que fuera objeto de ella, la hubiera *por alguna razón derecha*, y, además, que creyera que era de aquél de quien la hubo y que éste *avia poder de la enajenar.*

Eran, pues, precisas dos condiciones, según la ley citada, para que se estimase la buena fe en el poseedor: la primera de ellas, que se adquiriera por un título eficaz la cosa poseída; y la segunda, la creencia indicada. Pero el Código, en la definición dada en el primero de los artículos que hemos unido para nuestro actual examen, prescindió de la primera de dichas condiciones, puesto que ella lo que realmente viene á constituir es la

necesidad del título en cuya virtud se posea, de lo que hemos de ocuparnos en los artículos siguientes.

Esa creencia, que, según el citado artículo, determina la buena fe del poseedor, es preciso que sea *fundada*, como afirman todos los autores que de esta materia se han ocupado, y, por lo tanto, no bastará para que se cumpla dicho requisito cualquiera suposición ó inteligencia desprovista de serio fundamento, sino que ha de apoyarse en una de las causas que producen la transmisión del dominio, ó, según claramente se deduce de los términos de la definición expresada, que dicha creencia se funde en el convencimiento, por parte del poseedor, de que la persona de quien recibió la cosa poseída era realmente dueño de la misma por alguno de los medios que la ley autoriza, y que, siendo tal dueño, podía transmitirle el dominio por el título en cuya virtud la adquirió. De aquí la estrecha relación que, tanto para la ley de Partida citada, como para la generalidad de los tratadistas, existe entre el título y la buena fe, como dejamos dicho ya en otra ocasión.

Por eso también desde el momento en que existe el título se presume la buena fe, porque la existencia de aquel justifica la creencia del poseedor de ser dueño de lo adquirido en virtud del mismo. Así es que si mediante alguna de las causas que producen la transmisión legítima de las cosas susceptibles de prescripción adquirió el poseyente la que estuviere prescribiendo, en la creencia de que el que se la transmitió podía hacerlo válidamente, por ignorar las causas que lo impidieran en dicha posesión, concurriría el requisito de la buena fe, y, adquirida en este concepto la misma, no perdería tal carácter la posesión en tanto que no existieren actos que demostrasen ó acreditasen el conocimiento por parte del poseedor de que poseía indebidamente por no ignorar el vicio ó el defecto de que adoleciere el título de adquisición de dicha posesión. Por el contrario, si la cosa poseída la adquirió de quien sabía que no era dueño de ella, ó de quien le constaba que carecía de facultades para enajenarla, aunque mediare un título, eficaz para la transmisión en otro

caso, la existencia de dicho título no impediría el que se le considerase como un poseedor de mala fe, porque no podía desconocer el vicio de que adolecía su adquisición.

De lo dicho resulta que la presunción que la ley establece en favor de la buena fe del poseedor, cuando mediare título en que se funde la creencia que determina dicha cualidad, es una presunción *juris tantum*, que admite la prueba en contrario, lo cual se halla en un todo conforme con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, respecto del concepto de la buena fe, entre otras sentencias, en la de 6 de Diciembre de 1904, según la que se presume siempre la buena fe *salvo la prueba en contrario*, cuya prueba corresponde al que niega dicha cualidad en el poseedor.

Y no sólo debe ser reputada su posesión de mala fe, cuando en el acto de la adquisición de la cosa poseída exista por su parte el conocimiento de la causa que la vicia, sino también en el caso de que, habiendo adquirido de buena fe la posesión por ignorar el vicio ó el defecto de su título, llegase á enterarse después de ello, ya porque se le hubiese hecho saber que el que le transmitió la cosa poseída carecía del dominio de ella ó de facultades para transmitirla, ya por cualquiera otra causa, pues si bien la ley presume que la posesión adquirida de buena fe se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió (1), esta presunción, como la anterior, es también *juris tantum*, y admite, en su consecuencia, la prueba contraria.

En el caso supuesto, desde que se hiciere saber al poseedor la carencia de derecho ó de facultades para transmitir la cosa poseída, concurrente en la persona de quien la adquiriese, ó desde que tuviere conocimiento por algún otro medio del vicio que invalide su título, dejará de tener la cualidad de poseedor de buena fe, no obstante la regla establecida en el art. 433 por hallarse comprendido en la excepción consignada en el mismo, y

---

(1) V. art. 436.

porque á partir de tales actos no puede ignorar que su posesión se halla desprovista de dicho requisito.

Precisando el concepto de la buena fe, y compendiando en breves términos la noción jurídica de la misma, uno de los expositores de nuestro derecho ha dicho que ésta es «la ignorancia en que uno está de que pueda ser de otro la cosa que posee»; pero, aunque de términos más ámplios, resulta mucho más clara y precisa la definición dada por el Código.

Como la circunstancia de la buena fe ha de ir unida á la posesión legal para que ésta pueda surtir el efecto de ganarse por ella la prescripción adquisitiva ordinaria, es indudable que dicho requisito ha de subsistir durante todo el tiempo señalado por la ley para que la misma se produzca.

Después de fijar el concepto de la buena fe en su art. 1950 previene el Código en el siguiente que las condiciones de la misma, exigidas para la posesión en los arts. 433 al 436, ambos inclusive, son igualmente necesarias para la determinación de dicho requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales; y se comprende la razón de este precepto, porque siendo la posesión el medio por el que llega á producirse la prescripción, es necesario que concurran en ella todas las circunstancias ó todas las condiciones requeridas para que surta todos sus jurídicos resultados la posesión mantenida ó llevada á cabo con dicho objeto.

En su virtud, podemos completar la teoría de la buena fe, como elemento indispensable para la prescripción adquisitiva ordinaria, con los siguientes principios:

1.º Se reputará poseedor de buena fe al que ignore que en su título, ó modo de adquisición de la cosa poseída, existe vicio que lo invalide (1); y, por el contrario, será poseedor de mala fe aquel que se hallare en el caso opuesto.

2.º La buena fe se presume siempre, y al que afirme la

---

(1) V. art. 433.

mala fe de un poseedor le corresponde la prueba de ésta (1).

3.º La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter, sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee indebidamente la cosa objeto de la prescripción (2); y

4.º Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario (3).

Para no incurrir en repeticiones con nuevas explicaciones de los principios que dejamos consignados en los cuatro números precedentes, nos remitimos con dicho objeto á los comentarios de los arts. 433, 434, 435 y 436, en que fueron establecidas las reglas que sirven de norma á dichos principios, y tan sólo nos limitamos por ahora á indicar que en el hecho originario de la posesión puede concurrir en el poseedor la circunstancia de la buena ó mala fe, y que aun en el primer caso, puede perder dicha cualidad con el transcurso del tiempo, debiendo dejar de surtir sus efectos la posesión, en cuanto á la prescripción, desde el momento en que, en cualquiera de dichas hipótesis, resulte la falta de la necesaria buena fe en el poseedor.

II. *Concordancias.*—El art. 1950 concuerda con el 520 del Código de Portugal, con el 1168 del del Uruguay, con el 4006 del de la República Argentina, con el 649 del de Guatemala, con el 1190 del de Méjico, con el 1082 del de la Baja California, y con algunos otros. A su vez, el 1951, tiene concordancias con el 4006 del Código de la República Argentina; y si bien alguna semejanza podría encontrarse con algún otro, son muy pocos los casos en que esto sucede, toda vez que el precepto de dicho artículo es una mera referencia á disposiciones anteriores de nuestro Código.

---

(1) V. art. 434.
(2) V. art. 435.
(3) V. art. 436.

ARTÍCULO 1952

Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio ó derecho real de cuya prescripción se trate.

ARTÍCULO 1953

El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido.

ARTÍCULO 1954

El justo título debe probarse; no se presume nunca.

I. *Concepto jurídico del justo título como elemento necesario para la prescripción.*—En estos tres artículos se regula la materia relativa al tercero de los requisitos necesarios para que se produzca la prescripción ordinaria adquisitiva, ó sea el justo título por parte del que posee con intención de prescribir; y para exponer con la amplitud conveniente la teoría referente al mismo, así como el concepto jurídico de este elemento intrínseco de dicha prescripción adquisitiva, tenemos que examinar con la separación debida cada una de las cuestiones más importantes que con la indicada teoría se relacionan, que son:

1.º Necesidad del justo título para que se produzca la prescripción citada.

2.º Definición del mismo.

3.º Condiciones que debe reunir para su eficacia.

4.º Prueba precisa de su existencia para que surta el efecto indicado.

a) Necesidad del justo título para la prescripción adquisitiva.—Al estudiar el art. 1940 vimos que no bastaba para que se produjese la prescripción ordinaria adquisitiva el mero hecho de la posesión continuada por un espacio más ó menos largo de tiempo, como sucede en la prescripción extraordinaria, sino que, por el contrario, era precisa é indispensable la concurrencia de otros varios requisitos que, en unión de la posesión tenida con las con-

diciones marcadas en el art. 1941, fueran bastantes á producir con su concurso el resultado propio de dicha prescripción.

Entre esos requisitos, necesarios para dicho efecto, se halla el del justo título por parte del poseedor, que es el que nos corresponde examinar ahora, ampliando con dicho objeto las indicaciones que hicimos en el comentario de dicho artículo.

La exigencia de ese elemento, factor indispensable para la prescripción ordinaria adquisitiva, no necesita justificación alguna, pues es tan lógica y tan natural, que desde luego se impone su necesidad, porque, como tenemos dicho ya en otra ocasión, *una posesión sin título sería una usurpación ó un despojo*, y éste no puede servir nunca de fundamento á un derecho. En su virtud, para prescribir en la forma ordinaria el dominio y los demás derechos reales, es indispensable que la posesión en que se funde dicha prescripción, ó que la determine, tenga por apoyo jurídico la concurrencia de un justo título de parte del poseedor.

Sin embargo, algunos autores entienden, y entre ellos el señor Falcón, que si la posesión adquirida sin título se legitimase después, de modo que habiéndose comenzado á poseer por violencia se continuase por derecho, podría prescribirse contando el tiempo desde el momento de la legitimación; pero entendemos que esta es más bien cuestión de nombre que de fondo, puesto que en realidad la posesión jurídica, eficaz para producir la prescripción, no comienza en dicho caso hasta el momento de la legitimación de los actos anteriores, es decir, hasta la existencia del justo título exigido por el Código. Por eso no nos ocupamos del examen de esa cuestión planteada y discutida por los tratadistas del antiguo régimen legal, y que en la actualidad no puede tener interés ni oportunidad alguna después de los términos precisos y preceptivos del art. 1940, con que exige la concurrencia del justo título en la posesión, como uno de los requisitos necesarios, para que ésta pueda producir el efecto de adquirir por medio de la prescripción ordinaria el dominio ó los demás derechos objeto de ella.

Si alguna duda cupiera acerca de su procedencia, bastaría á

disiparla la consideración de que la posesión por sí sola no puede servir para fundar el dominio más que en la prescripción extraordinaria, en la que el largo lapso de tiempo equivale á dicho requisito; y si las leyes de todos los países le conceden ese mismo efecto á la posesión abreviada de la prescripción ordinaria, es por la garantía que constituye la concurrencia de un título legítimo y justo, que viene á constituir al poseedor en la misma condición jurídica que el dueño.

Conforme con estas indicaciones, ha dicho un autor que el poseedor sin título no puede llegar á fundar el dominio porque le falta *la razón legal para poseer;* y en efecto es así, pues la posesión apoyada en el título sirve para prescribir, porque el poseedor funda en dicho título el carácter de dueño con que posee, y en realidad, puede considerarse con razón como dueño de la cosa poseída si el título que ostenta para poseer reune las condiciones exigidas por la ley, para que pueda ser reputado como legítimo.

b) *Defini ión del justo título.*—La consideración últimamente hecha respecto de la necesidad de este elemento de la prescripción ordinaria, nos conduce directamente á la definición del mismo.

El justo título según las leyes 9.ª y 14 del tít. 29 de la Partida 3.ª, era la *razón derecha* en que el poseedor había de fundar su posesión, pues por ambas leyes se exigía para que pudiera ganarse por la prescripción la cosa poseída, y para que fuese eficaz la posesión á dicho fin, que se poseyese *por alguna razón derecha así como por compra, donadio, cambio ú otra razón semejante de éstas*. El proyecto de Código de 1851 en su art. 1958, conforme con el 3449 del código de la Luisiana, decía que había de entenderse por justo título el *legal capaz de transferir la propiedad,* pero nuestro Cuerpo legal ha suplido las deficiencias de dicha definición, diciendo que se entiende por tal el título que legalmente baste para transferir el dominio ó derecho real de cuya prescripción se trate. Es decir, que para la prescripción ordinaria es preciso que el que posea con ánimo de prescribir, lo haga

en virtud de una causa legal *adquisitiva* del dominio, y esa causa legal, que constituía la *razón derecha* de que hablaban las leyes de Partidas, es lo que se comprende con el nombre de justo título. Es, pues, este la causa jurídica de la adquisición del dominio por la posesión en esta clase de prescripción, y en tal concepto ha de ser de los que en derecho produzcan la traslación del dominio. Así lo tiene declarado también el Tribunal Supremo en varias sentencias anteriores y posteriores á la publicación del Código civil, en las que se sanciona la doctrina de que «siendo un título traslativo del dominio aquél en cuya virtud se posean los bienes, es causa suficiente para prescribirlos».

La definición del justo título, dada por el Código en su artículo 1952, en los términos que hemos expuesto, completa y aclara el concepto jurídico de este requisito esencial de la prescripción adquisitiva ordinaria.

En otro lugar dejamos dicho que si bien es necesario que el título en que se funde la prescripción sea de los que transfieran el dominio, siendo esta circunstancia lo que determina su cualidad de *justo*, no es, sin embargo, del mismo modo preciso que haya producido por sí dicha transmisión. Y se comprende que no sea precisa esa condición, pues si por el contrario fuese indispensable, para estimar *justo* el título, que hubiese transferido ya el dominio ó el derecho objeto de la prescripción, entonces sería innecesaria ésta, porque sin mediación de ella se habría obtenido el efecto jurídico que por la misma se trataba de conseguir.

Como el mero buen sentido indica, no es ese el sentido del citado art. 1952. En él únicamente se ha querido decir y se dice, que es justo título aquel que legalmente baste para transferir el dominio ó el derecho que se pretenda ganar por la prescripción; pero no se exige como condición necesaria para ello, que se haya realizado ó perfeccionado ya la transmisión de dicho dominio ó derecho. Por el contrario, el que siendo susceptible de producir ese resultado jurídico no lo hubiera producido aún, es el que se necesita para fundar la prescripción, y en este sentido debe entenderse dicho artículo.

En suma, el Código, en el art. 1952, define el título tal como debe ser para producir una transferencia de dominio. Pero como á pesar de existir ese título, justo, verdadero y válido, la transferencia puede no realizarse, de aquí que, ya que no se realice, sirva su existencia para adquirir en prescripción ordinaria.

Una persona tiene derecho sobre una cosa; en ese derecho va envuelta la facultad de transmitirlo á otra distinta. El acto por virtud del cual el derecho pasa de una á otra persona, es lo que constituye el título. Descomponiendo estas dos ideas, y separando la primera, nadie duda que puede existir la segunda sola y por tanto con independencia de la otra. El derecho no existía realmente en la persona que transfiere; claro es que no se transmite, porque nadie da lo que no tiene; pero puede existir el acto jurídico que produciría la transmisión del derecho, si tal derecho residiere en el transmitente, y ese es el título, tal como se define en el art. 1952.

Por no entenderlo así, ó por no fijarse en el verdadero sentido de dicha disposición legal, es por lo que se han suscitado ó pretendido reproducir determinadas dudas y cuestiones que hoy no tienen razón de ser.

c) *Condiciones que debe reunir el justo título para producir la prescripción adquisitiva ordinaria.*—Según terminantemente se establece en el art. 1953, segundo de los que hemos agrupado para nuestro presente examen, el título para la prescripción ha de ser *verdadero* y *válido.*

El título ha de ser *verdadero* y ha de reunir este carácter, porque un título simulado ó falso ó que no exista en realidad, no sirve ni puede servir para prescribir, porque no es susceptible de producir efectos jurídicos de ninguna clase. Por la misma razón ha de ser *válido*, porque los actos nulos, ya por falta de capacidad en el transmitente ó adquirente, ya por su naturaleza, ya por sus condiciones, no pueden ser fuente de derechos ni tener eficacia en tiempo alguno; aparte de que entonces no sería *justo* dicho título.

Ha de reunir, pues, ambos caracteres el que haya de servir

de fundamento á la prescripción, y tanto uno como otro son igualmente indispensables, porque sin un título válido no puede crearse ningún derecho, y sin que sea de los susceptibles de transmitir legalmente el dominio ó los derechos que se pretenda prescribir, no puede llegarse á la adquisición de los mismos. Por eso el depositario, el comodatario y todos los que se hallen en igualdad de circunstancias que éstos, no pueden invocar su respectivo título para prescribir por no ser éstos de los traslativos del dominio.

Fundado en estas mismas razones el Tribunal Supremo, ha declarado en sentencia de 26 de Diciembre de 1900, que no puede adquirir por prescripción la propiedad del solar, en que hubiere edificado algún edificio, aquel que lo hubiera venido disfrutando mediante el pago de cierta merced á su dueño, porque ese título en cuya virtud lo poseía, no era eficaz para transmitir á su favor el dominio. Del mismo modo pudiéramos citar otras varias sentencias en corroboración de lo expuesto; pero basta la indicada, pues la doctrina consignada en ella es aplicable á los demás casos que pueden ocurrir.

d) Necesidad de la prueba del justo título.—El justo título á más de ser *verdadero* y *válido*, debe ser *probado*, y la necesidad de su prueba es precisa é indispensable, porque, á diferencia de lo que ocurre con la buena fe, no se presume nunca el título. Ya tenemos hecha alguna indicación sobre esto, y según entonces expusimos, la buena fe puede presumirse por la ley, pero el justo título no.

La razón de esta diferencia está en la propia naturaleza de cada uno de estos requisitos esenciales de la prescripción, y es de suyo tan obvia, que no requiere explicación alguna para su debida inteligencia. En efecto; la buena fe puede presumirla la ley, porque es un acto interno, una circunstancia puramente subjetiva, que está en el orden común y ordinario de obrar las personas, que muchas veces no es posible someter á una prueba terminante y clara, y por eso se admite una regla de presunción de su existencia fundada en ese mismo orden común y

natural antes indicado; pero en el título no sucede esto y no puede ser presumido, porque como hecho sujeto á la apreciación de los sentidos no admite suposición ó presunción alguna, sino que debe probarse, y como siempre es posible la prueba, por lo mismo que se trata de un hecho real, no es necesario ni aun conveniente establecer respecto de él la presunción que la ley admite en cuanto á la buena fe.

Esta la presume la ley en el poseedor cuando existe justo título, porque, dada la íntima y estrecha relación que entre ellos existe, presupone éste la existencia de aquélla, pues en él funda su creencia de ser dueño el que estuviere poseyendo; pero la buena fe, por probada y eficaz que sea, nunca puede constituir por sí sola título bastante para transmitir la cualidad de dueño, y por eso la ley no establece como correlativa á la anterior presunción la del título, fundada en ese solo hecho.

Algunos han creído encontrar alguna contradicción entre el precepto del art. 1954, que impone la necesidad de la prueba del título en todo caso, haciendo imposible la presunción del mismo, y el del 448 que declara que el poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee *con justo título,* y no se le puede obligar á exhibirlo; pero la discrepancia que los términos de dichos artículos pudiera acusar desaparece, como ha dicho un autor, teniendo en cuenta que el primero de ellos se refiere única y exclusivamente á la materia de la prescripción, y el segundo á la posesión en general. Y en efecto, las circunstancias son distintas en ambos casos, pues en el primer supuesto se trata de la creación de un derecho dominical, de la adquisición del dominio, mientras que en el segundo el objeto es sólo un hecho, el de la posesión como tal hecho jurídico, y, por consiguiente, han de exigirse en aquél mayores garantías que en éste.

Excusado es decir que la prueba del título corresponde á aquel que invoca su existencia, que es precisamente á quien conviene la justificación de la misma y á quien toca dicha obligación dentro de la buena teoría, por el conocido principio de

que á quien alega ó afirma un hecho le incumbe la prueba del mismo, y además, porque tratándose de la prescripción adquisitiva ordinaria, esa obligación resulta más imperiosa aun respecto de dicha parte, porque de lo contrario no podría llegar á consolidar la prescripción, pues quien posee sin título no posee legalmente; y de aquí que tenga que acreditar la existencia de dicho título para que su posesión pueda surtir los efectos propios de la prescripción de que nos ocupamos.

II. *Concordancias.*—El art. 1952 concuerda, entre otros, con el art. 518 del Código de Portugal, con el 1188 del de Méjico, con el 3449 del de la Luisiana, con el 4010 del de la República Argentina, con el 1169 del del Uruguay, con el 1080 del de la Baja California y con el 647 del de Guatemala.

El 1953 concuerda á su vez con el art. 2267 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2001 del de Holanda, con el 4011 del de la República Argentina, con el 1169 del del Uruguay y con algunos otros.

Y, por último, el art. 1954 tiene concordancias con el 519 del Código de Portugal, con el 1189 del de Méjico, con el 1170 del del Uruguay, con el 648 del de Guatemala y con el 1081 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1955

El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe.

También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición.

En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida ó de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto á las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria ó mercado, ó de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará á lo dispuesto en el art. 464 de este Código.

ARTÍCULO 1956

Las cosas muebles hurtadas ó robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron ó robaron, ni por los cómplices ó encubridores, á no haber prescrito el delito ó falta, ó su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito ó falta.

ARTÍCULO 1957

El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título.

ARTÍCULO 1958

Para los efectos de la prescripción se considera ausente al que reside en el extranjero ó en Ultramar.

Si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente.

La ausencia que no fuere de un año entero y continuo, no se tomará en cuenta para el cómputo.

I. *Términos señalados por la ley para la prescripción adquisitiva ordinaria.*—En los cuatro artículos que hemos agrupado para su estudio se regula todo lo relativo al último de los requisitos necesarios para la prescripción adquisitiva ordinaria, y por eso estimamos más útil y provechoso el comentario en conjunto de todos ellos.

Como demostramos al examinar el art. 1940, primero del presente capítulo, consagrado exclusivamente á la prescripción adquisitiva, no basta para que se produzca dicha prescripción que se posea una cosa en concepto de dueño, pública y pacíficamente, sin interrupción alguna; no basta que el que posea lo haga con buena fe y con justo título, pues aun concurriendo

todos esos requisitos, que ya hemos explicado en qué consisten y cómo deben entenderse, no por eso surtirá la posesión los efectos prescriptorios, si no es mantenida la misma en dicho concepto por todo el término señalado por la ley.

Dijimos también en su lugar oportuno que la ley resolvía el problema de la prescripción, no en favor de un poseedor cualquiera, sino de aquel que lo hiciera por tan largo espacio de tiempo y con tales requisitos, que bien pudiera decirse que lleva en concepto de dueño algunos años de dominio, premiando de este modo, en interés común y social, el celo de los poseedores, y castigando indirectamente, por el mismo motivo, el descuido, la indolencia y el abandono de los primitivos propietarios de las cosas objeto de la prescripción. Y ese factor esencial y preciso de la prescripción, ó sea el lapso del tiempo fijado por la ley en las condiciones impuestas por la misma, lo regula el Código, fijando un plazo para la prescripción ordinaria y otro para la extraordinaria, y reduciendo considerablemente el de la primera en consideración á los demás requisitos que deben concurrir en ella, los cuales constituyen otras tantas garantías establecidas para evitar que la prescripción se convierta en institución amparadora del despojo.

Pero aun con relación á la prescripción ordinaria, la ley distingue también, en razón á la naturaleza de los bienes que se intente prescribir, señalando un término más breve para la prescripción de las cosas muebles y otro más amplio para los inmuebles, y aun dentro de este último, admite también distinción, según que la prescripción se produzca ó se realice entre presentes ó entre ausentes. La razón de esas diferencias la expondremos al ocuparnos, en particular, de cada uno de dichos casos, pues para la debida claridad y precisión conviene que los examinemos por separado.

Este requisito importantísimo de la prescripción, consistente en el mantenimiento ó duración de la posesión por cierto espacio de tiempo, ha sido exigido por todos los Códigos como signo del dominio para alejar toda sospecha de usurpación, y á la vez

como base de la presunción legal que sirve de fundamento jurídico á la misma, porque cuanto mayor sea el tiempo que estuviere poseyendo el que prescribe, más firme y fundada será la convicción de la conformidad ó tolerancia del dueño con la posesión tenida y con la prescripción que, mediante ella, ha de determinarse por el sucesivo transcurso del tiempo con las condiciones fijadas por la ley. Pero si bien todas las legislaciones exigen dicho requisito, no presentan, sin embargo, un criterio fijo en el señalamiento del plazo necesario para que la prescripción se consolide y produzca todos los efectos propios de la misma.

Por las leyes romanas de los primeros tiempos, cuando sólo era conocida la usucapión con los reducidos límites que hemos indicado anteriormente, bastaba el transcurso de un año para que la misma tuviera lugar en cuanto á las cosas muebles, ó el de dos años para las inmuebles, pues ese tiempo de pacífica posesión al abrigo de un justo título, era suficiente para consolidar el dominio quiritario de los bienes del suelo itálico en favor de los que reunieran la condición de *ciudadano romano*. Más tarde, cuando al lado de la usucapión surgió, según tenemos ya dicho, la prescripción común en favor de los poseedores del suelo provincial, como institución inspirada en la equidad frente al privilegio constituído por la usucapión, y limitado á los ciudadanos romanos y á las cosas *mancipi*, el plazo necesario para la misma fué ampliado á tres años para los bienes muebles y á diez ó veinte años para los inmuebles, según los casos, pues en dicha legislación se observa ya la distinción entre *presentes* y *ausentes* para los efectos de la prescripción. Y esos términos subsistieron en el derecho novísimo constituyendo la ley común del Imperio (1).

Las leyes de Partida copiaron el régimen romano, pero antes de ellas era muy distinta la norma fijada por la legislación

---

(1) V. la ley 7.ª del tít. 35, libro 7.º del Código y las leyes del tít. 6.º, libro 8.º de la Instituta.

patria. Concretándonos á la propiedad, pues por las leyes visigodas se adquiría también por prescripción la libertad personal librando al siervo de la cautividad, encontramos en el título 2.°, libro 10 del Fuero Juzgo, siete leyes relativas á la prescripción, regulándola de distinto modo en cada caso, siendo la ordinaria la de treinta años de duración, por la cual se adquiría toda clase de bienes, inclusas las tierras de realengo y hasta los siervos del Rey, y á más de esta prescripción se conocía otra realmente extraordinaria de cincuenta años, para sancionar, como dice un autor, el reparto de tierras hecho entre las dos razas pobladoras de la nación, la visigoda y la romana. Esos plazos de treinta y cincuenta años no corrían contra el que por cautividad, destierro, prisión ú otra causa semejante, no hubiera podido interrumpir la posesión reclamando sus bienes, como puede verse en la ley 7.ª del título 2.° del citado libro 10 de dicho Código, y se interrumpían siempre por la demanda judicial.

En los fueros municipales se encuentran también disposiciones eficaces de la prescripción, como tenemos ya dicho, para el aseguramiento de la posesión en la persona del poseedor ó para la adquisición del dominio mediante la misma, fijándose generalmente en ellos como término ordinario para dicho efecto, el de un año y día.

En el Fuero Viejo se establecieron diversas clases de prescripción tomadas de los fueros municipales ó de las antiguas costumbres, y así es que por este motivo se observa en él la distinción entre señores y plebeyos, no ya en el orden político sino aun en el civil, señalándose plazo distinto según la condición social del que prescribía y del dueño de la cosa prescriptible, pues según las leyes del título 4.°, libro 4.°, del mismo, el noble prescribía á los diez años de pacífica posesión las tierras de los plebeyos, mientras que éstos necesitaban poseer en las mismas condiciones las de los señores durante treinta años para poder prescribirlas, pero en cuanto á los plebeyos entre sí, el plazo ordinario era el de un año y día.

En el Fuero Real la prescripción reviste los mismos carac-

teres que en las leyes municipales, siendo el término ordinario para la prescripción el mismo de un año y día de poseída la cosa prescriptible *en paz* y *en faz;* pero no obstante la inteligencia de los preceptos de dicho Código, establecida por la ley 242 del Estilo, haciéndolos extensivos á la prescripción de los bienes inmuebles, dudóse, sin embargo, si la posesión de año y día bastaría para ello, toda vez que la ley no determinaba los requisitos que había de reunir dicha posesión; y por la 1.ª del título 9.º del Ordenamiento de Alcalá vino á resolverse dicha duda, en el sentido de que fuera suficiente para la prescripción citada que se poseyesen año y día con título y buena fe los bienes que se intentase prescribir.

Algunas otras disposiciones relativas á la materia podríamos encontrar en la historia de la legislación patria, como la ley 65 de Toro, 6.ª del título 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación; pero el Código más importante en este punto fué el de las Partidas, cuyas leyes importaron en nuestro derecho las doctrinas de la legislación justinianea.

Según ellas, los requisitos del justo título y de la buena fe eran siempre indispensables para la prescripción adquisitiva ordinaria, pues la ley 12, del título 29 de la Partida 3.ª exigía que mediara la buena fe en el momento mismo de adquirirse la posesión y en todo el tiempo que mediare hasta hacerse dueño, de donde natural y lógicamente se infiere la necesidad de la concurrencia del justo título también en el origen ó principio de la posesión, porque sin dicho requisito no podía haber buena fe, ni había base para la prescripción. Y en cuanto á los términos necesarios para la adquisitiva ordinaria, se reproducían los de la legislación romana señalándose el de tres años para los bienes muebles y los de diez y veinte respectivamente para los inmuebles, según que tuviera lugar entre presentes ó entre ausentes conforme á las leyes 9.ª y 18 del título y Partida antes citados. La ley 20 de los mismos título y Partida preveía el caso en que se ausentara el dueño del inmueble ó la persona que hubiere empezado á adquirirlo por prescripción y determinaba

que el tiempo pasado desde que se empezó á poseer hasta que ocurriese la ausencia de cualquiera de ellos, se acumulase á doble tiempo del en que se estuviere ausente, para el efecto de la prescripción; y, por último, para la extraordinaria se fijaba en la ley 21 el plazo de treinta años, bastando éste para la adquisición cualquiera que fuese el origen de la posesión, «*magüer fuese la cosa furtada ó forzada ó robada*», si bien el poseedor de mala fe no podía reivindicarla á no ser del que se la robó ó del arrendatario.

Tales son en extracto las disposiciones más importantes en materia de prescripción adquisitiva de la legislación de Partidas, que constituía el régimen legal vigente á la fecha de la promulgación del Código, en el que se ha mantenido la misma distinción del Derecho antiguo con relación á la naturaleza de los bienes objeto de la prescripción, estableciendo plazos distintos según que fueren muebles ó inmuebles, y en cuanto á estos últimos, se conserva la diferencia sancionada en dichas leyes, respecto de la prescripción entre presentes y entre ausentes.

Como las circunstancias y las razones jurídicas son distintas en cada uno de dichos casos, conviene examinar los mismos con la debida separación.

a) *Bienes muebles.*—El término para la prescripción de los bienes muebles es distinto, según que exista ó no buena fe por parte del que posee con ánimo de prescribir, bastando para producir dicho efecto, en el primer caso, la posesión no interrumpida durante tres años, y siendo necesaria en el segundo la de seis años, por el transcurso de cuyo tiempo se adquirirá el dominio de los bienes muebles, aunque no exista ninguno otro requisito ó elemento de prescripción que la posesión continuada por dicho término. Así lo dispone el art. 1955 en sus dos primeros párrafos.

A primera vista parecerá que existe cierta contradicción entre el precepto del art. 1940, que exige en todo caso como condición precisa para la prescripción adquisitiva ordinaria la concurrencia de justo título, y el de los párrafos indicados del 1955,

según los que no es necesario dicho requisito para la prescripción ordinaria ni para la extraordinaria en cuanto á las cosas muebles; pero dicha contradicción desaparece teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 464, con arreglo al cual, la posesión de los bienes de dicha clase, adquirida de buena fe, equivale al título, y por lo tanto, la disposición del art. 1940 en la parte que exige la concurrencia de dicho requisito se refiere á aquellos casos en que la posesión por sí sólo no equivalga á él, como sucede en la prescripción adquisitiva ordinaria de los bienes inmuebles.

Fuera del caso de la prescripción de las cosas muebles con buena fe, en todos los demás es necesario el justo título para la prescripción ordinaria; y faltando dicho requisito sólo puede tener lugar la extraordinaria.

En la prescripción de los bienes muebles, hay que tener también en cuenta que para todo lo relativo al derecho del dueño para reivindicar la cosa prescrita, ó poseída con intención de prescribir, si la hubiera perdido ó hubiese sido privado ilegalmente de ella, y lo mismo respecto de las cosas vendidas en pública enajenación, en Bolsa, feria ó mercado, ó adquirida de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, habrá de estarse, como se previene en el párrafo tercero del citado art. 1955, á lo dispuesto en el 464, según el que cuando hubiere perdido el dueño la cosa poseída por el que prescribe, ó hubiere sido privado de ella ilegalmente, puede reivindicarla de quien la posea, pero si el poseedor la hubiese adquirido de buena fe en venta pública no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad, establecidos con autorización del Gobierno, conseguir la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos. Y en cuanto á las cosas adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, ó de un comerciante

de las condiciones antes expresadas se estará á lo que dispone el Código de Comercio (1).

Finalmente, según se preceptúa en el art. 1956, segundo de los que son objeto de este comentario, las cosas muebles hurtadas ó robadas no pueden ser prescritas por los que las hurtaron ó robaron ni por los cómplices ó encubridores de su sustracción, á no ser que haya prescrito el delito ó falta motivados por la misma, ó su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida de dicho delito ó falta.

En nuestro antiguo derecho, la ley 4.ª del tít. 29 de la Partida 3.ª, tantas veces citada, disponía que las cosas procedentes de hurto ó robo, así como los frutos ó rentas de ellas no podían adquirirse por prescripción, y en el mismo sentido se hallaba inspirada también la ley 2.ª del tít. 11 del libro 2.º del Fuero Real; pero en consideración á motivos que han sido discutidos é impugnados por algunos de los comentadores de nuestro Código, se prescindió del rigor de dichos preceptos en la confección del mismo, y según resulta de la indicación hecha y de los términos del artículo citado, á la prohibición de la anterior legislación ha sucedido la tolerancia por parte del legislador, quedando bien reducida en sus efectos, pues ya no se niega en absoluto la prescripción, ni la adquisición del dominio por dicho medio, sino que para conseguir este resultado habrá que esperar á que haya transcurrido el tiempo necesario para que resulte prescrito el delito ó falta que constituya la sustracción, ó la pena y la acción civil correspondiente.

Con esta disposición del Código civil se ha reformado la doctrina establecida por las leyes anteriores, con arreglo á las que los autores de toda sustracción no podían adquirir en ningún caso por prescripción la cosa hurtada ó robada, y los terceros que las hubieran adquirido de buena fe sólo podían prescribirla por el transcurso de treinta años; es decir, por la prescripción extraordinaria, y nunca por la ordinaria. Sin embargo, el pre-

(1) Véanse los arts. 85, 86, 545 y 560 de dicho Código.

cepto del art. 1956, que autoriza la remota posibilidad que hemos indicado de la prescripción de las cosas hurtadas ó robadas por parte del que la sustrajo ó de sus cómplices y encubridores, es una consecuencia lógica del principio de derecho *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest;* pues en efecto, subsistiendo con todos sus efectos el acto punible ó la responsabilidad, y teniendo virtualidad la acción para reprimirlo ó para exigir las consecuencias civiles del delito ó falta cometidos, constituye cualquiera de dichas circunstancias obstáculo que vicia la adquisición, impidiendo que tenga la posesión de lo sustraído los efectos jurídicos propios de la prescripción, aparte de que la adquisición caería por su base en otro caso desde que se entablaran las acciones procedentes para el castigo y restitución consiguiente. Pero desaparecido ese obstáculo por la caducidad ó extinción de la acción penal ó civil, no existe ya la razón de la prohibición. El plazo para la prescripción de las cosas hurtadas ó robadas, con relación á las personas que las hurtaron ó robaron, debe entenderse que sólo empieza á contarse á partir de la extinción de la responsabilidad penal y civil del poseedor.

La prescripción extraordinaria de cosas muebles, autorizada por el párrafo 2.º del art. 1955 antes indicado, no requiere ningún otro requisito más que la posesión continuada por el término expresado en el mismo, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, con relación á los efectos públicos, en sentencia de 31 de Marzo de 1902, en la que, entre otras cosas, se estableció la doctrina de que «el dominio de las cosas muebles, entre las cuales se comprenden los efectos públicos, prescribe por el transcurso de seis años, sin más requisito que el lapso de tiempo, y que la sentencia que no aplica esta doctrina, consagrada por el segundo apartado del art. 1955 del Código civil, lo infringe». Excusado es decir que esa posesión continuada por dicho espacio de tiempo, que la ley estima como medio eficaz para la adquisición de dichos bienes por prescripción, ha de ser tenida en concepto de dueño, pues si bien la ley no lo dice, hay

que sobreentenderlo así en vista del precepto del art. 447, que establece que sólo puede servir de título para adquirir el dominio la posesión cuando se adquiere y se disfruta en tal concepto, pues la generalidad de dicha regla excluye toda distinción respecto de este particular entre la prescripción ordinaria y la extraordinaria.

Réstanos indicar que, conforme á lo establecido por el citado Tribunal Supremo en sentencia de 30 de Abril de 1904, la prescripción á que alude el art. 1955 del Código no es la que se deriva de obligaciones, aun cuando éstas se refieran á la entrega de bienes muebles, sino la que se realiza respecto de algún objeto que obra en poder de alguna persona que lo tenga por causa ó motivo distinto del de obligarse, con las excepciones señaladas en el art. 1956 siguiente.

b) *Bienes inmuebles.* — Como terminantemente se previene en el art. 1957, el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. Es decir, que el plazo para la prescripción adquisitiva ordinaria sigue siendo el mismo de las leyes romanas, subsistiendo también la distinción establecida por dichas leyes, en razón á la ausencia ó presencia del propietario de la cosa objeto de la prescripción ó de la persona que prescribe.

Según hemos dicho antes, este era también el régimen introducido en nuestro derecho por el Código de las Partidas; pero éstas, aunque conservaron dicha distinción, no fijaron regla alguna para determinar cuándo debiera considerarse presente ó ausente á una persona, para los efectos de la prescripción, á pesar de que la legislación romana, cuya doctrina reprodujo, había establecido por norma, favorable para la adquisición del dominio, que se considerase como presente para dichos fines á todos aquellos que tenían su residencia en la misma provincia. Ese silencio de las leyes alfonsinas, hizo que el concepto de la ausencia, para el efecto indicado, fuera causa de dudas y controversias entre los autores, los cuales entendían de distinto

modo el precepto de la ley 18 del tít. 29 de la Partida 3.ª, única disposición de dichas leyes relativa á esta materia, la cual se limitaba á fijar, como base de la diferencia establecida para señalar plazos distintos en uno y otro caso, la circunstancia de estar ó no en la tierra ó en el lugar en que se hallase la cosa objeto de la prescripción. *Seyendo en la tierra é seyendo en otra parte*, decía la ley mencionada, y el laconismo de su precepto dió lugar á torcidas inteligencias y á cuestiones á que vino á poner término el Código con las reglas establecidas en su art. 1958, el cual ha precisado con toda exactitud dicho concepto, aclarando este punto con arreglo á los buenos principios.

Conforme al criterio adoptado por el nuevo Cuerpo legal, sólo puede ser reputado ausente, para los efectos de la prescripción, el que residiere en el extranjero ó en Ultramar durante un año cuando menos y de continuo, pues si el tiempo de la ausencia no fuera de un año entero, ó no fuese continua, no ha de tomarse en cuenta para el cómputo.

Con ello se ha concedido un nuevo beneficio al que prescribe, quien resulta favorecido, tanto por el plazo fijado para que surta efecto la ausencia, cuanto por la exigencia de la continuidad ó no interrupción en el transcurso del mismo, lo cual hace que no se computen ni surtan efecto alguno las pequeñas ausencias á que puedan verse obligados lo mismo el propietario de la cosa que se prescribe, que el poseedor que lleve á efecto la prescripción. La razón jurídica de ello está en que en esas interrupciones de la presencia, menores de un año, si otra persona distinta ha empezado á poseer, está viva la acción para adquirir ó recobrar la posesión durante todo ese tiempo, y, además, en que por la brevedad de este plazo, no puede estimarse abandonado el cuidado de los bienes poseídos ni perdido el conocimiento de los actos realizados sobre los mismos; de modo que, aun cuando ausente, se halla el propietario en las mismas condiciones que el presente para interrumpir la prescripción que se estuviera realizando ó para oponerse á ella.

Aun cuando nuestro Código ha procurado acomodarse en

éste como en todos sus preceptos, conforme á la base 1.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, á las enseñanzas de la doctrina y á las soluciones jurídicas que mayor fundamento científico tuvieran, así como á los precedentes autorizados no sólo por nuestro propio derecho, sino también por las legislaciones extranjeras, forzoso es reconocer que, en este punto, no existe unanimidad entre nuestro Código y algunos otros en los que se regula la ausencia de muy distinto modo. Por ejemplo, los de Francia y Bélgica consideran ausente al que solo está fuera del territorio del Tribunal de Apelación correspondiente; el de Austria y el de Holanda, no admiten esa distinción; el de la República Argentina, acomodándose á la doctrina romana, estima presente al propietario que residiere dentro de la provincia en que radica el inmueble que se trate de prescribir, y en algunos otros encontramos reglas diversas para su determinación; pero entre todos los diferentes criterios adoptados, nos parece preferible el de nuestro Código, el cual da mayores alcances á la presencia en beneficio de la prescripción adquisitiva.

En cuanto á la extensión del plazo necesario para la prescripción entre presentes y ausentes, se observan también diferencias en algunos Códigos, pues, por más que la mayoría de ellos está conforme con lo establecido por el nuestro, existen otros en que se acortan ó se alargan los términos señalados para cada uno de dichos casos. Todos están conformes en que debe ser más amplio el de la prescripción entre ausentes por la mayor dificultad en que se encuentra el propietario para impugnar la posesión ó para oponerse á la prescripción; pero no existe dicha conformidad respecto á su extensión, pues el de Guatemala, por ejemplo, señala el de cinco años entre presentes y diez entre ausentes, y otros llegan á fijar el de veinte y treinta respectivamente, que es también el establecido en nuestra legislación foral de Navarra.

Respecto al cómputo del término de la prescripción cuando sólo se hubiere estado presente parte de él, nuestro Código establece la regla de que cada dos años de ausencia se reputarán

como uno transcurrido entre presentes para completar los diez exigidos en dicho concepto, lo cual está conforme con lo que la legislación anterior disponía para dicho caso. Esta regla ha sido considerada por todos los autores como sumamente beneficiosa, puesto que mediante ella se compensan de una manera equitativa los perjuicios que la ausencia incompleta pudiera originar en otro caso al propietario.

II. *Concordancias.*—El art. 1955, primero de los que son objeto de este comentario, concuerda con el 2279 y el 2280 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2140 del de Italia, con el 532, el 533 y el 534 del de Portugal, con el 1446 del de Austria, con el 654, el 655 y el 666 del de Guatemala, con el 2508 del de Chile, con el 1173, el 1174 y el 1175 del del Uruguay, con el 3420 del de la Luisiana, con el 1196 del de Méjico y con el 1088 del de la Baja California, si bien no todos están conformes en cuanto á la determinación de los plazos para llevar á efecto la prescripción de las cosas muebles, distinguiéndose entre ellos el de Guatemala, para el que basta á dicho fin la posesión con buena fe y justo título, continuada y pacífica durante dos años.

El art. 1956 concuerda á su vez con el 2146 del Código de Italia, con el 533 del de Portugal, con el 655 del de Guatemala, con el 1090 del de la Baja California, con el 1175 del del Uruguay, con el 2510 del de Chile, con el 3475 del de la Luisiana, con el 1198 del de Méjico y con algunos otros.

El art. 1957 tiene concordancias, salvas las diferencias indicadas oportunamente en el comentario, con el 2265 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2137 del de Italia, con el 526 del de Portugal, con el 1467 del de Austria, con el 2000 del de Holanda, con el 1666 y el 1667 del de Vaud, con el 1165 del de Uruguay, con el 2512 del de Chile, con el 2287 y el 2288 del de Bolivia, con el 3435, el 3436, el 3437 y el 3442 del de la Luisiana, con el 3999 de la República Argentina, con el 1194 y el 1195 del de Méjico, con el 1087 del de la Baja California y con algunos otros en los que se establece también la misma

doctrina sancionada por nuestro Código, que, como se demuestra con la larga exposición hecha, es la más comunmente admitida.

Y, por último, el art. 1958 tiene algunas concordancias y analogías en cuanto á lo esencial de su precepto con el 2265 y el 2266 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 1467 del de Austria, con el 2000 de Holanda antes citado, con el 1166 del del Uruguay, con el 2508 del de Chile en su apartado 3.º, con el 1667 del de Vaud, con el 3442 del de la Luisiana, con el 4002 del de la República Argentina y con algunos otros, si bien en el nuestro se da mucha mayor extensión á la presencia que en ninguno de los extranjeros, pues cualquiera que sea el punto del Reino en que resida el interesado en la prescripción, se le tendrá como presente para el efecto del cómputo del término necesario para la misma.

ARTÍCULO 1959

Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539.

I. *Fundamento é inteligencia del precepto de este artículo.*—En los artículos anteriores de este capítulo nos hemos venido refiriendo á la prescripción adquisitiva *ordinaria,* que es la normal, y para cuyo efecto se exige la concurrencia de todos los requisitos que hasta aquí hemos examinado como elementos precisos para la virtualidad ó eficacia de esta clase de prescripción. Pero, como en distintas ocasiones tenemos indicado, á más de ella, existe otra que el Código y los autores la consideran y estudian á la vez que la anterior, distinguiéndola con el nombre de *extraordinaria*, en contraposición á la misma, la que, según las modernas teorías, viene á formar un derecho distinto, cuyo solo

punto de contacto con la materia de la prescripción es el transcurso del tiempo, factor necesario para la constitución ó creación de ese derecho. Mas, cualesquiera que sean las realidades de las doctrinas que en ese sentido se producen en el terreno de la ciencia jurídica, es lo cierto que el legislador al formar el nuevo cuerpo legal, hoy vigente, no podía prescindir de lo que era tradicional, respecto de dicha materia, en nuestro antiguo derecho, el cual siempre ha dividido la prescripción adquisitiva en *ordinaria* y *extraordinaria*, según que existiera ó no, á más de la posesión continuada, los requisitos de justo título y buena fe por parte del poseyente, siendo esta la razón de método en cuya virtud forma parte el presente artículo de las disposiciones que regulan la materia indicada.

Llámase *extraordinaria* dicha prescripción porque no se sujeta á las reglas normales ú ordinarias de la prescripción adquisitiva, bastando, en efecto, á producirla el mero transcurso del tiempo, si bien por un espacio ó término de duración lo suficientemente largo para revestir el hecho de la posesión de todas las garantías posibles de legitimidad.

La prescripción extraordinaria ha sido fuerte y extensamente combatida por los autores, los cuales han mantenido larga controversia sobre la justicia y legitimidad de la misma, admitiéndola unos como recurso necesario para poner término en ciertos casos á la incertidumbre en el dominio y en los derechos dominicales, y como necesidad provechosa para evitar los inconvenientes del abandono y de la incuria de algunos propietarios; mientras que otros la impugnan como atentatoria al derecho de propiedad, entendiendo que en ocasiones viene á ser, no ya el reconocimiento de un hecho consumado proveniente del error, y en el que no haya ilicitud por parte del que prescribe, sino hasta la legitimacion de hechos verdaderamente ilícitos en la que se niega, á título de una necesidad práctica, la máxima axiomática de derecho natural, según la cual lo que es nulo en su origen no puede convalecer por el transcurso del tiempo.

Otros afirman que la prescripción extraordinaria de nues-

tras antiguas leyes ha cesado por virtud de la reforma introducida en el anterior estado de derecho por el Código civil, al no mantener las prohibiciones y las reglas de dicha legislación, que exigían una posesión especial de treinta, cuarenta y cien años, y aun la inmemorial, para la prescripción de determinados bienes; á consecuencia de lo que afirman que, á partir de la publicación del nuevo cuerpo legal, no hay más que una clase de prescripción adquisitiva, la ordinaria, conservándose únicamente diversos plazos de posesión, dependiendo su diferencia de la distinta clase de bienes que se trate de prescribir ó de la existencia ó inexistencia de un título posesorio legítimo: cuestión que es de interés en cuanto á la justificación de la prescripción de que nos ocupamos, puesto que iguala á una y otra en sus resultados y en su fundamento. Y, por último, algunos aceptan el principio de la prescripción extraordinaria en ciertos casos y en otros no, combatiéndola cuando no existe buena fe por parte del que posee, fundados en que la mala fe no puede ser eficaz nunca para crear derechos, estando, de lo contrario, reñido el reconocimiento de su eficacia con los dictados de la moral en que debe inspirarse siempre toda legislación, si ésta ha de amparar los legítimos derechos sometidos á su salvaguardia protectora, sin lo que no es posible el bien social ni la recta justicia en el orden jurídico.

No hemos de entrar en la crítica detenida de dichas opiniones, ni debemos detenernos en el examen de los fundamentos de cada una de ellas, pues ya tenemos dicho antes de ahora que si la ley reconoce la prescripción extraordinaria y da efectos jurídicos á la misma, permitiendo la creación del dominio mediante ella, sin más requisito que el hecho de la posesión continuada por todo el tiempo fijado para dicho fin, lo hace en virtud de un interés social que el legislador no podía desatender, ya que la prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria, es considerada por la generalidad de los tratadistas y de las legislaciones como una institución protectora del dominio, á cuya creación y reconocimiento tiende con especial cuidado.

Ese interés social que se impone á la ley, y que en todo tiempo se ha impuesto á la misma, premiando el celo de los poseedores y castigando á la vez el descuido y la indolencia de los propietarios, basta por sí sólo para justificar el mantenimiento en el derecho de la prescripción adquisitiva extraordinaria, toda vez que si en ella se concede el dominio, no se otorga éste á un poseedor cualquiera, despojado de todo motivo de consideración, sino al que lleva tanto tiempo de poseer en concepto de dueño que lleva consigo la presunción del dominio.

Por eso, para la eficacia de la prescripción extraordinaria, se requiere una duración en la posesión mucho mayor que en la ordinaria. En ésta, la concurrencia de la buena fe y del justo título, constituye una garantía de legitimidad que no existe en la prescripción extraordinaria, y su falta es suplida por ese mayor lapso de tiempo que establece el Código para los bienes inmuebles en el artículo que examinamos, y en el párrafo 2.º del 1955, por lo que se refiere á las cosas muebles.

La ley se limita á dar valor á esa posesión para los efectos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, sin más condición ni requisito que el transcurso del término señalado, sin exigir ninguna otra circunstancia en la posesión más que el disfrute de ella, puesto que, como expresamente se dice en el artículo, no es necesario el título ni la buena fe; pero ese silencio del Código no puede justificar la creencia de que toda posesión, por viciosa ó mala que sea, pueda bastar para determinar dicho resultado. Por el contrario: el precepto que examinamos debe entenderse en relación con el 447, y, por lo tanto, la posesión á que se refiere, y la que es susceptible de producir el dominio por la prescripción extraordinaria, ha de ser tenida en concepto de dueño, porque según dicho artículo, sólo la adquirida y disfrutada en dicho concepto, es la única que puede servir de título para adquirir el dominio. Así es que el colono, el comodatario, el apoderado, y en general todos los que poseen en nombre ó en representación de otro, no pueden adquirir el dominio de lo poseído por ellos ni ningún otro derecho, por virtud de prescrip-

ción, no ya ordinaria, sino ni aun por la extraordinaria, por largo que sea el tiempo que estuvieron en posesión de ello, puesto que no poseen en concepto de dueño.

En la prescripción ordinaria existe un título de adquisición que sirve de fundamento á la transmisión del dominio operada por ella; y en la extraordinaria, este título lo constituye el lapso de ese mayor término fijado por la ley para la misma, ó mejor dicha, la posesión mantenida por ese tiempo. La posesión, por cierto tiempo, único requisito exigido para la prescripción extraordinaria, ha de reunir, además, las circunstancias expresadas en los arts. 1941 y 1942.

La prescripción adquisitiva extraordinaria, como la ordinaria, puede tener por objeto los bienes muebles ó los inmuebles. Respecto de los muebles, el párrafo 2.º del art. 1955, establece la regla que rige la prescripción en dicho caso, así como el derecho del dueño de ellos para su reivindicación con las limitaciones que el mismo expresa; y en cuanto á los inmuebles se estará á lo dispuesto en este artículo en el que se sancionan dos modificaciones de las reglas establecidas para la prescripción ordinaria: una, relativa al término de la duración de la posesión que ha de ser de treinta años, en vez de los plazos fijados para aquélla, siendo debida á la razón antes indicada ese aumento de tiempo; y otra, consistente en la desaparición de la diferencia entre presentes y ausentes para el plazo de la prescripción, pues en la extraordinaria es uno mismo en ambos casos, lo cual constituye una nueva garantía adoptada por el legislador en beneficio de la prescripción.

De la disposición establecida para la prescripción extraordinaria de bienes inmuebles, se exceptúan las servidumbres contínuas no aparentes y las discontínuas, cuya excepción obedece al precepto del art. 539 que establece que dicha clase de servidumbres sólo pueden adquirirse en virtud de título, modificándose con ello lo establecido en nuestro antiguo derecho que admitía la prescripción de las discontínuas por uso de tiempo inmemorial.

II. *Concordancias.*—El presente artículo concuerda con el 2262 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 528 y el 529 del de Portugal, con el 2004 del de Holanda, con el 1666 del de Vaud, con el 1172 del del Uruguay, con el 2510 del de Chile, con el 3465 y 3466 del de la Luisiana, con el 4016 del de la República Argentina y con algunos otros.

ARTÍCULO 1960

En la computación del tiempo necesario para la prescripción se observarán las reglas siguientes:

1.ª El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante.

2.ª Se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

3.ª El día en que comienza á contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad.

En este artículo se consignan las reglas que deben tenerse en cuenta para la computación del término fijado por la ley para la prescripción adquisitiva, tanto en la ordinaria como en la extraordinaria, puesto que á una y otra son comunes. Aunque el Código no lo dice expresamente, así resulta del orden seguido por el mismo, porque después de establecer las disposiciones especiales de la prescripción adquisitiva ordinaria y de la extraordinaria, determina las reglas de computación, respecto de las que no hay razón alguna de especialidad que impida su indistinta aplicación á ambas. Por eso, como extensivas dichas reglas á las dos clases de prescripciones por las que puede adquirirse el dominio ó los demás derechos reales, las coloca á continuación dando con ello á entender el carácter de generalidad que le es propio y que le hemos atribuído.

Las reglas indicadas son tres y todas ellas responden á principios con anterioridad consignados en el Código, por lo que no necesitamos detenernos mucho en la exposición de sus respectivos fundamentos, ni en la justificación del precepto consignado en cada una de ellas.

La primera de dichas reglas es una consecuencia de la doctrina establecida en materia de sucesiones, pues según ella, el heredero sucede á su causante desde el día del fallecimiento, no sólo en los bienes del mismo, sino también en sus acciones y derechos, y, por lo tanto, en el que al tiempo de su defunción le correspondería á prescribir por consecuencia de la posesión en que á la sazón se hallara. El heredero se subroga, por regla general, en la personalidad del causante en las mismas condiciones y en las mismas circunstancias que en éste concurrriesen, ó en las que se hallare al abrirse la sucesión; pero respecto á la buena ó mala fe del fallecido, rige el precepto especial del art. 442. Y como no se trata de un poseedor nuevo que empiece á poseer entonces, sino de un continuador en la posesión del anterior, en cuyo lugar se subroga, viniendo á constituir con él una sola persona, es de todo punto indudable que el tiempo que estuviese poseyendo ha de unirse al de su causante, computándose conjuntamente ambas posesiones para los efectos de la prescripción; pero, teniendo en cuenta si medió buena ó mala fe en ambos poseedores, ó hubo mala fe en el causante, y buena en el poseedor, ó viceversa. Las circunstancias de carácter personalísimo, no se heredan, se extinguen con la muerte (art. 659). Lo contrario pugnaría con el criterio adoptado y con la solidaridad y unión que la ley establece entre la persona del causante y la del heredero, base y fundamento de la subrogación, en cuya virtud le sustituye en sus derechos y responsabilidades ú obligaciones.

Por este motivo el art. 440, al regular la adquisición de la posesión, previene que la de los bienes hereditarios se entienda transmitida al heredero *sin interrupción* desde la muerte del causante, en el caso de que llegue á adirse la herencia. Es decir, que se retrotrae la aceptación al momento en que se abre la su-

cesión, que es el del fallecimiento del causante, y como no hay tracto sucesivo ni solución alguna de continuidad entre ellas, no hay inconveniente ni razón jurídica alguna que impida la acumulación de ambas posesiones que se entienden llevadas á cabo por una misma persona por consecuencia de la subrogación del heredero en la del causante.

Viene á confirmar las razones que dejamos indicadas la disposición del art. 1934 en que terminantemente se establece que la prescripción produce sus efectos á favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el término concedido para hacer el inventario y para deliberar, lo cual presupone el hecho de que en ese tiempo en que la herencia permanece *yacente* se ha venido poseyendo por el causante, que jurídicamente constituye una sola persona con la del heredero que le sucede.

Excusado es decir que, para que sirva de abono al sucesor por título universal ó singular el tiempo de posesión ganado por su antecesor ó causante, es preciso que la posesión por parte de éste reuniera todos los requisitos exigidos por la ley. Este es un principio inconcuso en materia de prescripción: así es que, si no concurrieron los requisitos indicados, cualquiera que fuese la causa de ello, ese tiempo que haya poseído el causante no aprovechará al sucesor; pero éste sí puede prescribir si su posesión se lleva á cabo en las condiciones legales, ignorando que el causante carecía de título ó con título de viciosa procedencia, mas en este caso se contará el tiempo para la computación del término desde que el sucesor adquirió el predio y comenzó á poseerle.

La segunda de las reglas mencionadas es una reproducción literal del precepto contenido en el art. 459 de este Código, por virtud de cuya regla se aplica ó hace extensiva á la posesión tenida con intención de prescribir la presunción *juris tantum* admitida por la ley para la posesión en general.

Y, por último, la regla 3.ª de las establecidas en el artículo que examinamos sanciona una norma admitida generalmente en

todos los Códigos para el cómputo de los términos relacionados, no sólo en la prescripción, sino también con otras diversas instituciones jurídicas; y resulta de gran conveniencia su expresión en la ley, porque de este modo se evitarán muchas cuestiones que en otro caso pudieran suscitarse por el interés encontrado de las partes á quienes afecta la computación del término para prescribir.

Concordancias.—Concuerda este artículo, entre otros, con el 2234, el 2235, el 2260 y el 2261 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2133 y 2134 del de Italia, con el 562 del de Portugal, con el 1995 del de Holanda, con el 1643 y el 1664 del de Vaud, con el 644 y el 688 del de Guatemala, con el 1167 del del Uruguay, con el 2284 del de Bolivia, con el 3458 y el 3459 del de la Luisiana, con el 4003 del de la República Argentina y con el 2509 del de Chile.

CAPÍTULO III

De la prescripción de acciones.

Siguiendo el método que expusimos en las indicaciones con que encabezamos el estudio del presente título, después de ocuparse el Código en el capítulo 1.º de las disposiciones generales comunes á la prescripción adquisitiva y á la liberatoria, y de haber consignado en el capítulo 2.º los preceptos que rigen la primera de dichas prescripciones en sus dos clases, ordinaria y extraordinaria, consagra el tercero, último de los que comprende, á la materia propia y exclusiva de la prescripción extintiva ó liberatoria, distinguiéndola con el nombre de prescipción de acciones, en contraposición á la del dominio y de los demás derechos reales, por las razones que antes de ahora tenemos indicadas.

Entendían los autores que las denominaciones de *extintiva* y

liberatoria, con que generalmente era conocida la prescripción en la segunda de las formas admitidas en derecho, resultaban impropias y expuestas á error, porque la *adquisitiva* tiene el primero de dichos caracteres en cuanto afecta al propietario que pierde su dominio ó su derecho por la adquisición del poseyente, elaborada mediante la prescripción, y porque la *liberatoria* pudiera parecer que sólo se contraía á las obligaciones personales; y para evitar dudas y torcidas interpretaciones, se designó la materia objeto de este capítulo con la de prescripción de acciones, con lo que claramente se da á entender, definiéndola y apreciándola por sus efectos, que á virtud de dicha prescripción pierde el propietario de la cosa ó del derecho prescrito la acción que le correspondía para reclamar la efectividad de su dominio ó el cumplimiento de la obligación correlativa al derecho que hubiere sido objeto de la prescripción: denominación que se halla en un todo conforme con el concepto de la prescripción como medio de extinguirse los derechos y obligaciones.

La prescripción de acciones, como la del dominio y derechos reales, se funda en una presunción establecida por la ley, en virtud de la cual supone la misma que, cuando la persona á quien concede una acción deja transcurrir determinado tiempo sin ejercitarla, renuncia á ella, relevando al obligado del cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de la acción indicada.

En efecto, es por demás sabido que, siendo la acción el derecho en ejercicio, como los tratadistas afirman, resulta evidente que, en la relación jurídica de que la misma se deriva, ha de haber dos personas distintas: una, aquella á cuyo favor se crea el derecho para cuyo ejercicio ó efectividad surge la acción, y otra que es obligada á ejecutar lo que fuere objeto de este derecho. Por eso todo derecho presupone una obligación correlativa por parte del deudor de la misma; y esto sentado, siendo renunciable el derecho, y hasta voluntario su ejercicio, la ley reputa renunciado ó abandonado el derecho ó, mejor dicho, la acción nacida para reclamar su cumplimiento, cuando el acreedor de la

obligación no reclama su efectividad por un período de tiempo suficiente á presumir su abandono ó su renuncia. No sólo prescribe por el lapso de ese tiempo la acción para reclamar la efectividad del derecho, sino también la obligación de cumplirlo, é indudable aparece que, prescrita la obligación, quedará extinguida también la acción para exigir su efectividad, por lo que siempre se traduce la prescripción extintiva ó liberatoria en una extinción ó prescripción de acciones, por cuyo motivo se le ha distinguido ó designado en el Código con la denominación que sirve de epígrafe á este capítulo.

Á diferencia de lo que ocurre en la prescripción adquisitiva, en la presente no es necesaria la concurrencia de título, de buena fe, de posesión, ni de ningún otro requisito, pues basta para que surta sus efectos, el mero lapso de tiempo fijado por la ley. Como ha dicho un autor, no necesita realizar acto alguno el deudor de la obligación correlativa al derecho objeto de la prescripción: su papel, por el contrario, es meramente pasivo; y la extinción la decreta la ley sin que incumba al obligado otra prueba que la de haber transcurrido el tiempo que aquélla exige.

Mucho se ha alegado también contra la justicia y legitimidad de la prescripción de acciones, y al igual de lo ocurrido respecto de la adquisitiva, contienden los autores sobre ésta, dividiéndose también en dos grupos distintos, uno que reconoce la posibilidad de la discusión y la duda, en cuanto á su fundamento, considerada como fuente filosófica de derechos, pero que la defiende á título de necesidad práctica en la esfera del derecho constituído, y otro que la legitima en absoluto. Pero sin entrar en detalles de crítica respecto de dichos sistemas, únicamente nos limitaremos á exponer, como fundamento de su consignación en el Código, la consideración de que el legislador no podía dejar de reconocerla para evitar que, por negligencia de la persona á cuyo favor estableciera la ley alguna acción, se viese perpetua ó indefinidamente amenazado con el ejercicio de la misma el deudor de la obligación objeto de dicha acción, y con ese fin condena á la pérdida de ésta cuando no es ejercitada en

el plazo que con tal objeto se hallare establecido, castigando así al negligente por el mismo interés social que sirve de justificación á la prescripción adquisitiva.

Para ello, fundándose la ley en el modo común y ordinario de proceder las personas, presume al cabo de cierto tiempo la renuncia del derecho ó la condonación de la obligación si, durante él, no hubiera sido exigida la efectividad de la misma por la persona interesada en su cumplimiento; y esa presunción que establece, es de las llamadas *juris et de jure*, puesto que no admite la prueba en contrario. Podrá discutirse en el terreno de la pura teoría si el transcurso de tiempo, que sirve de base á dicha presunción, debe ser mayor ó menor, pero lo que no puede dejar de reconocerse, porque está fuera de toda impugnación, es el perfecto derecho del legislador á establecerla.

En efecto: siendo el fin de la ley sancionar y amparar el ejercicio del derecho, y haciéndose efectivo éste por medio de las acciones establecidas para ello, es de todo punto indudable que á la misma corresponde la fijación de las condiciones necesarias para la debida coexistencia de los derechos de todos, sin que la esfera de acción del uno pueda perjudicar al ejercicio de los de los demás. Una de esas condiciones que el legislador puede y debe poner, como norma para la utilización de las respectivas acciones, es el plazo preciso para su ejercicio, ó sea el de la duración legal de las mismas á fin de que no queden indefinidamente en lo incierto los derechos de los interesados ó la vida jurídica de dichas acciones. La conveniencia general así lo exige, en virtud de ese interés social que en materia de prescripción es la razón suprema de su fundamento, puesto que, por dicha consideración, todos los derechos tienen la misma naturaleza relativa que les hace prescriptibles, debiendo ajustarse en su ejercicio ó en su disfrute á las condiciones impuestas por la ley.

La necesidad de la prescripción se ve más claramente en la extintiva, que en la adquisitiva del dominio, y á ello obedece el que el Código la amplíe todo lo que le es posible, si bien no

tanto que venga á embarazar la realización de ciertos actos que la ley, en su criterio individualista y cuidadoso de la propiedad, considera muy favorables. Por esta razón, exceptúa de la regla general establecida las acciones referentes á la partición de herencia, á la división de la cosa común y al deslinde de propiedades contiguas, declarando en su art. 1965 que no prescriben dichas acciones entre coherederos, condueños ó propietarios de fincas colindantes.

Justificada con estas ligeras indicaciones la necesidad y conveniencia de la prescripción extintiva, podemos ya entrar en el estudio de las disposiciones que la regulan según el Código, el cual, como veremos en el respectivo examen de cada uno de los artículos que comprende el presente capítulo, ha venido á esclarecer y regular con plausible acierto la materia, reformando considerablemente la legislación anterior y supliendo los vacíos que en la misma se observaban, especialmente en el régimen legal contenido en las leyes de Toro.

ARTÍCULO 1961

Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley.

Conforme con las indicaciones que preceden, el Código establece en este artículo el principio fundamental de la prescripción de acciones, la cual, según hemos dicho antes, no necesita de ningún otro elemento para que se produzca mas que el transcurso del tiempo fijado por la ley para dicho efecto. Y desde luego se comprende que así sea, porque dicha prescripción no es *activa* como la adquisitiva, sino por el contrario puramente *pasiva;* pues no son los actos del favorecido por la prescripción los que la determinan, sino pura y simplemente la ley. Por eso, como no son los actos del deudor de la obligación lo que la produce, no necesita éste ni posesión, ni buena fe, ni justo título, ni ningún otro requisito, al contrario de lo que sucede en la prescripción adquisitiva, porque dependiendo ésta de los actos

del que prescribe, tienen que concurrir en ellos las circunstancias ó los requisitos exigidos por la ley.

Entre los romanos se consideraba la prescripción extintiva comprendida entre las excepciones, y porque, en efecto, produce una excepción que puede ser opuesta á la acción, figuró también con tal carácter en nuestro derecho, siendo reputada en la práctica como una excepción *anómala*, ó sea mixta de dilatoria y perentoria. Pero dicha prescripción no constituye sólo una excepción, utilizable en juicio para repeler ó destruir la acción en él ejercitada, sino que por su esencia y por sus efectos, es un propio y verdadero modo *directo* de libertarse de las obligaciones los deudores de las mismas, mediante la prescripción de la acción ejercitable para reclamar su cumplimiento. Así es que todas las legislaciones han reconocido y admitido ésta como una de las formas que puede revestir la prescripción, y en tal concepto la comprende el Código en este título, estableciendo en el párrafo 2.º del art. 1930, que por la prescripción se extinguen, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, los derechos y las acciones de cualquiera clase que sean.

Todos los Códigos han estado conformes en que, por la naturaleza especial de esta clase de prescripción, basta para que la misma surta todos sus efectos el mero lapso de tiempo; pero no ha existido asimismo igual uniformidad en cuanto á la determinación del plazo necesario para que se produzca dicho resultado, pues se han seguido distintos sistemas, y aun dentro de nuestra misma legislación, se fijaron diversos plazos según el curso de los tiempos y los criterios dominantes en cada época.

En efecto, lo romanos, por ejemplo, hacían durar tres años las acciones reales sobre bienes muebles y diez años las que tenían por objeto reivindicar un inmueble, ó veinte si el deudor había estado ausente, y además duraba treinta años la mixta ó la que competía al que tenía á su favor un derecho real y personal á la vez. Esta doctrina fué copiada por las leyes de Partida y subsistió hasta que fué reformada por la ley 63 de Toro, la cual estableció términos nuevos de prescripción de acciones; y

según ella, prescribían á los diez años el derecho de ejecutar por acción personal, á los veinte todas las demás acciones personales y la ejecutoria dada sobre ellas, y á los treinta años la accion personal con hipoteca y la mixta de real y personal. Pero esta ley resultaba á más de confusa incompleta, por no determinar la duración de otras acciones nacidas de los actos y contratos humanos, y el Código civil, reformando la legislación anterior y supliendo sus vacíos, ha venido á salvar la dificultad con el señalamiento de plazos más conformes con la buena doctrina jurídica, como veremos en el siguiente comentario.

No debe confundirse la prescripción de acciones con la prescripción del dominio, pues ambas obedecen á principios distintos, por más que tienen un fundamento común ó análogo, y deben regirse en su virtud una y otra por reglas distintas. Así lo tiene declarado en constante jurisprudencia el Tribunal Supremo, y por lo tanto, no son aplicables á la clase de prescripción que examinamos las disposiciones especiales de la adquisitiva que sean contrarias á los principios que informan á aquella. Tiene decidido también dicho Tribunal en sentencia de 28 de Enero de 1887, que resuelto un pleito por la prescripción del dominio, no es necesario discutir si tienen ó no aplicación las reglas de la extintiva.

Ésta, además, es de derecho estricto, y según ha declarado el mismo Supremo Tribunal en sentencia de 31 de Enero de 1902, no puede hacerse extensiva la prescripción de acciones, *ni para restringirla ni para ampliarla*, á casos distintos de los señalados por la ley, por mera interpretación ó por deduciones que parezcan más ó menos lógicas.

Réstanos indicar, para evitar confusiones en el concepto de la prescripción extintiva, que no puede estimarse constituída ésta por la mera demora en el ejercicio de las acciones, si por por cualquiera causa se hubiese interrumpido el lapso del tiempo ó hubiere quedado ineficaz este elemento esencial y único determinante de la misma, y sin el cual no puede surtir sus efectos, no influyendo para nada en su virtualidad y eficacia el mo-

tivo de no haberse ejercitado las acciones correspondientes, pues, conforme tiene dicho el Tribunal, tantas veces citado, en sentencia de 18 de Abril del mismo año 1902, la demora en las reclamaciones no lleva consigo la disminución de derechos, *si no transcurre el tiempo preciso para que se extingan por la prescripción.*

Concordancias.—Concuerda más ó menos sustancialmente este artículo con el 2262 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2004 del de Holanda, con el 1666 del de Vaud, con el 657 del de Guatemala, con el 2514 del de Chile, con el 1240, el 1241 y el 1242 del de Méjico, con el 2430 del de Veracruz Llave, con el 1125 y el 1129 del de la Baja California, con el 3949 y el 4017 del de la República Argentina y con algunos otros.

ARTÍCULO 1962

Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben á los seis años de perdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al art. 1955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto ó robo, en que se estará á lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado.

ARTÍCULO 1963

Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben á los treinta años.

Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio ó derechos reales por prescripción.

ARTÍCULO 1964

La acción hipotecaria prescribe á los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción á los quince.

ARTÍCULO 1965

No prescribe entre coherederos, condueños ó propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común ó el deslinde de las propiedades contiguas.

ARTÍCULO 1966

Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1.ª La de pagar pensiones alimenticias.

2.ª La de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de fincas rústicas ó de fincas urbanas.

3.ª La de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años ó en plazos más breves.

ARTÍCULO 1967

Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1.ª La de pagar á los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos ú oficios en los asuntos á que las obligaciones se refieran.

2.ª La de satisfacer á los Farmacéuticos las medicinas que suministraron; á los Profesores y Maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron, ó por el ejercicio de su profesión, arte ú oficio.

3.ª La de pagar á los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios, y el de los suministros ó desembolsos que hubiesen hecho, concernientes á los mismos.

4.ª La de abonar á los posaderos la comida y habitación, y á los mercaderes el precio de los géneros vendidos á otros que no lo sean, ó que siéndolo se dediquen á distinto tráfico.

El tiempo para la prescripción de las acciones á que se refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios.

ARTÍCULO 1968

Prescriben por el transcurso de un año:

1.º La acción para recobrar ó retener la posesión.

2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria ó calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado.

I. *Términos establecidos por la ley para la prescripción de acciones.*—En estos siete artículos se establecen los diversos términos fijados para la prescripción de acciones, así como las especiales disposiciones que los determinan, y á fin de poder estudiar en conjunto el sistema adoptado, hemos considerado conveniente agruparlos para su examen.

En el comentario anterior vimos que para producir todos sus efectos esta clase de prescripción, bastaba el lapso del tiempo señalado para ello por la ley; pero ésta, en vez de fijar un término común y uniforme para todos los casos, como algunos utópicos han pretendido, fundados en que todos los derechos prescriptibles son igualmente respetables y merecedores de una misma garantía, ha establecido distintos plazos en relación á la clase de acción que pueda ser prescrita.

Es noción elemental, que no tenemos que explicar ni justificar ahora, que las acciones pueden ser de distintas clases, según sea el derecho amparado por las mismas ó para cuyo ejercicio estuvieren establecidas por la ley, distinguiéndose generalmente por la doctrina en *reales, personales* y *mixtas.*

En cuanto á estas últimas, de acuerdo con la jurisprudencia establecida con anterioridad á su publicación, el Código ha venido á declararlas en cierto modo imprescriptibles, estableciendo en su artículo 1965, según tenemos ya dicho, que no prescribe entre coherederos, condueños ó propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común ó el deslinde de los predios contiguos. Esos mismos principios los había establecido ya el Tribunal Supremo, acomodándose á la naturaleza de la prescripción extintiva, siendo muy digna de mención la sentencia dictada en 22 de Diciembre de 1860, según la que no cabe prescripción entre los condueños.

Sin embargo, la imprescriptibilidad de la acción para pedir la división de la herencia, conocida en el derecho romano con el nombre de *familiæ erciscundæ,* no puede invocarse cuando uno de los coherederos ha poseído toda la herencia en concepto de dueño y por tiempo suficiente para ganarla por prescripción, porque la expresada acción descansa necesariamente en la posesión de consuno ó *proindiviso* de los bienes hereditarios, según se halla reconocido por el mismo Tribunal en sentencia de 15 de Abril de 1904. También tiene declarado éste, en sentencia de 21 de Mayo del mismo año, que «probado, á juicio del Tribunal *à quo*, que no pertenecían á una herencia indivisa los bienes controvertidos, sino que eran propiedad individual de determinada persona, no puede invocarse útilmente contra ésta el principio de la imprescriptibilidad de la acción antes citada»; cuyo principio es el fundamento de la prohibición consignada, en cuanto á la misma, en el mencionado art. 1965. Además, debe tenerse en cuenta que, como se halla declarado en sentencias del propio Supremo Tribunal de 15 de Enero de 1902 y de 22 de Junio de 1904, la acción entre coherederos ó condueños para pedir la partición de la herencia ó la división de un fundo, á que se refiere dicho artículo, es independiente de la acción reivindicatoria ejercitada sobre la propiedad *pro solido* del mismo fundo, y realmente si de lo que se trata es de reivindicar bienes de la herencia ó parte

alguna de finca común y no de la partición de ellos, no será aplicable la prohibición contenida en el artículo citado.

Aparte de esas acciones llamadas por los romanos mixtas, todas las demás las considera prescriptibles la ley, si bien atiende á su especial naturaleza al fijar el término para su prescripción, señalando un plazo más ó menos largo, con arreglo á ella, y aun dentro de sus respectivas clases establece otras distinciones en consideración á la clase de bienes ó á la índole de la reclamación objeto de la acción que ha de ser prescrita. Así, por lo que se refiere á las acciones reales, distingue entre las que afectan á bienes muebles y las que hacen relación á los inmuebles, estableciendo además dos excepciones á la regla general fijada para la prescripción de estas últimas: una referente á la acción hipotecaria y otra relativa á la acción para retener ó recobrar la posesión. Y para las acciones personales, sienta como norma el principio de que prescriben á los quince años las que no tengan señalado término especial; pero á la vez marca otros varios plazos diferentes para determinados casos especiales, que constituyen otras tantas excepciones de la regla general sentada.

Apreciados en conjunto los distintos plazos fijados por el Código para la prescripción de acciones, podemos comprenderlos en siete grupos distintos, pues según la ley nueva, tenemos prescripciones de un año, de tres, de cinco, de seis, de quince, de veinte y de treinta años.

De cada una de ellas debemos de ocuparnos por separado, pues están sometidas á reglas y doctrinas distintas, y para proceder con el debido orden, empezaremos de menor á mayor.

a) *Prescripción por término de un año.*—Prescriben por dicho término:

1.° La acción para retener ó recobrar la posesión.

De esta regla de prescripción nos hemos ocupado antes en distintas ocasiones, y por lo tanto, no necesitamos insistir sobre ella, limitándonos á indicar que también en nuestro antiguo derecho existía esta prescripción reducida, y excepcional que, se-

gún el Ordenamiento de Alcalá, era de año y día. Véase el comentario del art. 460.

2.º La acción que existe para exigir la responsabilidad civil por injuria ó calumnia, cuando fuere ejercitada la acción civil con independencia de la penal en virtud de la facultad concedida por el art. 111 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

Esta regla es consecuencia necesaria del precepto establecido en el párrafo 4.º del art. 133 del Código penal, según el que prescriben al año los delitos de calumnia é injuria, pues extinguida por virtud de dicha prescripción del delito la responsabilidad penal proveniente del mismo, no hay posibilidad de exigir después la responsabilidad civil, que es consecuencia de aquella.

No es necesario que nos detengamos á justificar la procedencia de la prescripción del delito, y por lo tanto, de la responsabilidad penal, pues, por las mismas razones que sirven de fundamento para la prescripción extintiva en el orden civil, debe aceptarse en el criminal el principio de la prescripción para la extinción de las responsabilidades nacidas de los delitos y faltas, toda vez que, como ha dicho un autor, «los efectos de cualquier acto punible desaparecen con el tiempo, y por éste pierde también el castigo su eficacia y su utilidad, cuando no su justicia».

Es la prescripción del delito un recurso concedido para evitar la injusticia que resultaría cometida de castigarse como penable un hecho cuando por el lapso del tiempo hubiese perdido su eficacia la acción para perseguirlo, y por eso aunque no se hallaba adoptada en toda su extensión en la legislación anterior al vigente Código penal la teoría de la prescripción, en éste fué consignada ya con la amplitud conveniente. Y sancionada así la extinción de la responsabilidad penal por causa de prescripción, no podía la legislación civil dejar de traducir en precepto especial para la responsabilidad civil, consecuencia de aquélla, la misma regla establecida en el orden criminal, ya que se permite el ejercicio independiente de la acción civil con separación

de la penal con las limitaciones que establece el art. 111 antes citado.

3.° La acción que corresponde para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia que no producen delito ó falta, de que se trata en el art. 1902, contándose dicho término desde que tuvo noticia del daño el que lo sufrió.

Al estudiar las disposiciones del cap. 2.° del tít. 16 del libro 4.° del Código, nos ocupamos, con la extensión debida, de esta clase de obligaciones que resultan contraídas sin convención, y justificada quedó entonces la necesidad de establecer un plazo corto para la duración de la acción otorgada para el cumplimiento de las mismas, por lo que no necesitamos insistir ahora sobre ello.

4.° Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro, ó las de aquella clase entabladas contra enajenaciones hechas en fraude de acreedores cuando la segunda enajenación hubiere sido realizada por título gratuito ó cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

Aunque no menciona este caso el art. 1968, que es el destinado á la determinación de las acciones que prescriben por el término de un año, no por eso debe dejar de estimarse subsistente esta regla de prescripción de nuestra legislación, pues autorizada se halla por el art. 37 de la ley Hipotecaria, cuya disposición continúa en vigor, á pesar del amplio precepto derogatorio contenido en la disposición final del Código, pues según declaración expresa del art. 1880, que en su oportunidad explicamos, dicha ley continúa vigente en todo lo que no hubiere sido modificado expresamente en el capítulo 3.° del título 15 del libro 4.° antes citado, en cuya virtud, no habiendo sido objeto de modificación alguna el precepto del art. 37 de la mencionada ley, queda vigente la regla de prescripción en él contenida, y si no la cita expresamente el Código, es porque se remite en éste, como en otros puntos, á la ley especial, ó sea á la ley Hipotecaria, declarada subsistente.

5.º La acción á que se refiere el art. 332 de la misma ley Hipotecaria, para reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios que hubieren sido causados por los actos de los registradores de la propiedad á que dicho artículo se contrae.

Por la misma razón, expuesta respecto del número anterior, debe también estimarse subsistente esta regla de prescripción de nuestro derecho anterior á la publicación del Código civil, á pesar de no hacerse expresión de ella en el mencionado art. 1968 de dicho Cuerpo legal.

b) *Prescripción por término de tres años.*—Por dicho plazo prescriben las acciones concedidas para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1.ª La de pagar á los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubieren realizado en el desempeño de sus cargos ú oficios en los asuntos á que las obligaciones se refieran.

Tampoco es nueva esta regla de prescripción, puesto que sancionada se hallaba por las leyes 9.ª y 10.ª del título 11, libro 10 de la Novísima Recopilación la prescripción de tres años, tanto contra los abogados, procuradores y curiales, como contra los criados, boticarios, joyeros, oficiales mecánicos, especieros, confiteros y expendedores de comestibles, comprendidos hoy en alguno de los otros números de este grupo, siendo constantemente mantenida dicha regla por la jurisprudencia; pero es de advertir que dicha limitación no es aplicable á los médicos, según se declaró por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Septiembre de 1867, y como se deduce de la omisión de los mismos en la enumeración hecha de las profesiones á que dicha prescripción se refiere, tanto en la antigua legislación como en el art. 1967 del Código, en el que ha venido á ampliarse el derecho antiguo por modo considerable, armonizándose además los preceptos de éste con las realidades de la vida moderna.

Tiene declarado también dicho Tribunal en sentencia de 15 de Enero de 1902, que las disposiciones del art. 1967, que establece esta prescripción de los tres años, no son aplicables cuando la cantidad, cuyo pago se reclama, no tiene el concepto de honorarios, aunque éste fuere su origen, sino el de cumplimiento de un compromiso especial contraído por las partes. En su virtud, si la cantidad reclamada por los servicios profesionales por un Abogado no fué demandada en concepto de honorarios devengados, sino á virtud de sueldo señalado á dicho Letrado, con la obligación de prestar por él dichos servicios al demandado, no podrá fundarse la impugnación en la regla de prescripción citada, no siendo en modo alguno eficaz ésta en contra de la acción personal nacida del contrato celebrado entre ambas partes, la cual ha de tener la duración señalada para todas las de su clase.

En cuanto á los derechos de los curiales, tiene también resuelto dicho Tribunal, que «el cargo de recaudador de costas no se encuentra comprendido entre los mencionados en el núm. 1.º del art. 1967 del Código civil», y por consiguiente, los derechos devengados por los que lo desempeñan, no pueden estar sometidos á la prescripción corta de que ahora nos ocupamos.

2.ª La de satisfacer á los farmacéuticos las medicinas que suministraron; á los profesores y maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron ó por el ejercicio de su profesión, arte ú oficio.

El mismo origen que la anterior tiene esta regla de prescripción, resultando mucho más perfecta en el Código la expresión de los conceptos á que se refiere.

3.ª La de pagar á los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios, y el de los suministros ó desembolsos que hubiesen hecho, concernientes á los mismos.

Nada necesitamos exponer también en este caso para justificar la disposición de la regla referente al mismo, pues esclarecidos los conceptos á que se refiere y puestos éstos en armonía con las relaciones jurídicas propias de estos tiempos, han

quedado desvanecidas las dudas que en el derecho antiguo suscitaba su inteligencia. Conviene, sin embargo, indicar que el Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 22 de Noviembre de 1902, «que el tiempo para la prescripción de la acción relativa al pago de jornales de una obra, debe contarse desde la terminación de ésta; y que entendiéndolo así la Sala sentenciadora, no infringe el artículo 1969 del Código civil».

También tiene resuelto dicho Tribunal, con referencia á esta misma regla de prescripción, en sentencia de 21 de Marzo de 1905, que el tiempo para que se extingan por este medio las deudas de artista y menestrales, señalado en la Constitución de Cataluña 4.ª del título 2.º del libro 7.º, volumen 1.º, no se refiere á todas indistintamente, sino que se entiende limitado á las ocasionadas por el trabajo personal de los mismos, al igual de lo que dispone el art. 1967 del Código civil, haciéndolo extensivo además á los desembolsos ó suministros que concernientes á dicho trabajo hubieren hecho, y que rige el tiempo ordinario de la prescripción respecto de todas las demás, no siendo aplicables los mencionados preceptos á la reclamación de un contratista de obras que comprende en ella los materiales, su trabajo personal y el de los demás operarios: doctrina que aun cuando establecida en un caso sujeto á la legislación catalana, es igualmente aplicable á los análogos que pueden suscitarse y estén sometidos al derecho común.

4.ª La de abonar á los posaderos la comida y habitación y á los mercaderes el precio de los géneros vendidos á otros que no lo sean, ó que, siéndolo, se dediquen á distinto tráfico.

Como resulta de la mera comparación de sus términos, se han ampliado en el Código los límites de esta regla de prescripción establecidos en las leyes de la Novísima Recopilación que hemos indicado antes, extendiéndola á todas las ventas realizadas por todos los mercaderes en general, con excepción tan sólo de las hechas á los comerciantes que se dediquen á la misma clase de tráfico, cuya excepción se funda en una razón de conveniencia

fácilmente apreciable en beneficio del comercio para facilitar el tráfico y el desenvolvimiento del mismo.

Se encuentra este caso en las mismas circunstancias que los dos anteriores y según precepto terminante del Código, comprendido en el párrafo último del citado artículo 1967, el tiempo para la prescripción de las acciones á que se refieren los tres, deberá contarse desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios.

c) *Prescripción por término de cinco años.*—Por este tiempo prescriben, según el precepto establecido en el art. 1966, las acciones que puedan corresponder para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1.ª La de pagar pensiones alimenticias.

La índole de esta clase de prestaciones aconseja la reducción del término para la prescripción del derecho á reclamarlos, pues no siendo debidos los alimentos, por regla general, más que en el caso de ser necesarios para la vida del alimentista, la ley presume que no los necesita para dicho fin aquel que deja transcurrir tanto tiempo sin pedirlos, demostrando así con sus actos que cuenta con otros medios distintos para atender á las necesidades de su subsistencia.

2.ª La de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de bienes rústicos ó de fincas urbanas.

La razón jurídica de la inclusión de esta obligación en la regla indicada, se halla conforme con las que sirvieron de fundamento á la limitación del carácter privilegiado de los créditos motivados por esta clase de obligaciones.

3.ª La de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años ó en plazos más breves.

No es aplicable esta regla de prescripción más que en las reclamaciones en que se trate de pagos de pensiones atrasadas que hubiere derecho á reclamar por años ó en plazos breves. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Octubre de 1904, en la que se estableció además la doctrina de que para los efectos de la prescripción regulada por el citado ar-

tículo 1966, no puede servir de base el origen, causa ó razón del reconocimiento de la deuda, sino la naturaleza de la obligación contraída; y si se reclamara el total de la cantidad reconocida, aunque ésta provenga de pagos que debieran haberse hecho (y no se hicieron) por años ó plazos más breves, y no estos adeudos independientes del reconocimiento de la deuda total, no es lícito acogerse á la prescripción que establece dicho artículo.

En el pleito en que recayó dicha sentencia se trataba de servicios personales que debían ser satisfechos á un tanto determinado cada año, y adeudándose el importe de varias anualidades, se reconoció dicho débito contrayéndose la obligación de satisfacer la suma total. Se exigió en el juicio correspondiente el cumplimiento de dicha obligación que fué impugnada, acogiéndose á la prescripción breve de los cinco años establecida en el artículo citado, cuya pretensión fué desestimada, é interpuesto recurso, recayó la sentencia de que acabamos de hacer mérito, siendo aplicable la doctrina sancionada en la misma á las tres clases de obligaciones que comprende la presente regla de prescripción.

En su virtud, aunque la deuda provenga de la obligación de pagar pensiones de alimentos, ó de la de satisfacer el precio de arrendamientos, ó de la de hacer efectivos otros pagos realizables por anualidades ó por plazos más cortos, si en vez de exigirse el importe independiente de dichos conceptos, se acumula todo lo debido por cualquiera de dichos conceptos, y se reconoce por el deudor la deuda total obligándose á satisfacer el débito á que ascienden, y á virtud de dicho reconocimiento se entabla la reclamación, ésta pierde el peculiar carácter de la deuda, puesto que ha habido una nueva obligación que ha novado la primitiva, y el objeto de la demanda no es ya el pago de las pensiones, arriendos ó débitos que motivaron el reconocimiento de deuda, sino la efectividad de la obligación contraída en dicho reconocimiento; y, en su virtud, la acción derivada de él para exigir el pago del débito reconocido en dicho acto tiene que tener la duración de todas las acciones personales.

Es también digna de ser tenida en cuenta la sentencia dictada por el mismo Tribunal en 31 de Enero de 1903, en la que se declara «que las acciones que tengan por objeto el pago de pensiones censales atrasadas, cuando éste deba ser hecho anualmente, ó en períodos más breves, prescriben á los cinco años, porque siendo personales, á tenor del art. 1623 y de la doctrina legal establecida, entre otras sentencias, en la de 17 de Noviembre de 1896, hay que atenerse al núm. 3.º del art. 1966, que marca ese plazo para la prescripción de las que persigan la efectividad de pagos que deban realizarse por años ó en más corto vencimiento»: doctrina perfectamente jurídica, pues si bien los censos producen acción real sobre la finca gravada, pueden los censualistas, á más de ella, ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas, y de los daños é intereses cuando hubiere lugar á ello, según vimos al comentar el art. 1623 antes citado. Y si las pensiones adeudadas fueran anteriores á la promulgación del Código civil, y antes de la vigencia de éste se hubiera dado principio á la prescripción, no sería obstáculo ello para que ésta hubiera de regirse por la regla indicada, como se reconoce en dicha sentencia, tanto porque la cuarta de las disposiciones transitorias de dicho Código da efecto retroactivo á los preceptos del mismo, respecto á la duración de las acciones y derechos nacidos al amparo de la legislación anterior y no ejercitados con anterioridad á su publicación, como por el precepto del art. 1939, que previene que la prescripción se rija por las disposiciones del Código, siempre que el plazo establecido en él se cumpla, á contar desde el día que se puso en observancia, aunque hubiese comenzado bajo el régimen de la legislación anterior.

Además prescriben á los cinco años de concluída la tutela las acciones que recíprocamente asistan al tutor y al menor por razón del ejercicio de la misma, según expusimos al comentar el artículo 287.

d) *Prescripción por término de seis años.*—Prescriben por este tiempo las acciones reales sobre bienes muebles, contado dicho

término desde la pérdida de la posesión, conforme á lo dispuesto en el art. 1962, primero de los que hemos agrupado para su examen en este comentario; pero se exceptúa de dicha regla el caso en que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, con arreglo al art. 1955, así como los de extravío y venta pública y los de hurto ó robo, en los cuales habrá de estarse á lo prevenido en el párrafo 3.º de dicho artículo, como tenemos demostrado ya en su lugar oportuno.

Esta regla de prescripción es consecuencia de la establecida para la adquisitiva de dicha clase de bienes. En efecto: en el examen hecho de las disposiciones comprendidas en el art. 1955, vimos que la prescripción ordinaria del dominio de las cosas muebles se producía por la posesión no interrumpida y con buena fe durante tres años, y la extraordinaria tenía lugar por el transcurso de seis años en la posesión de la cosa que se prescribe, sin necesidad del concurso de ningún otro requisito. Y si por virtud de cualquiera de dichas prescripciones el poseyente adquiere el dominio de dicha clase de bienes, es indudable que por el lapso de término marcado para cada una de ellas habrá de extinguirse el derecho del propietario, y por consiguiente, la acción que al mismo pudiera corresponder para reclamar ó reivindicar la cosa objeto de la prescripción, porque no puede existir el dominio en dos personas distintas, á no ser en caso de indivisión. Por eso el art. 1962, que establece dicha regla de prescripción, establece el término de seis años para cuando no haya ganado dicho dominio el poseedor por menos tiempo, es decir, para el caso de que no se haya producido con anterioridad la prescripción ordinaria.

En cuanto á las otras salvedades que consigna, no son más que reproducción de las establecidas en el párrafo 3.º del citado artículo 1955, según el cual, habrá de estarse en dichos casos á lo dispuesto en el 464, y como al ocuparnos de lo relativo al término para la prescripción adquisitiva de las cosas muebles, expusimos cuanto á dichos extremos se refiere, nos remitimos á lo entonces dicho y no insistimos más en este punto.

e) *Prescripción por término de quince años.*—Como terminantemente se previene en el art. 1964, prescriben á los quince años las acciones personales que no tengan término especial de prescripción señalado por la ley. Es, pues, una regla de carácter supletorio la establecida en dicho artículo, el cual ha venido á abreviar el plazo de duración de tales acciones fijado en el antiguo derecho, pues como quedó expuesto en otra ocasión, la ley 63 de Toro, 5.ª del tít. 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, señaló el plazo de veinte años para el ejercicio de las acciones personales, excepto la ejecutiva que sólo duraba diez años.

Ninguna dificultad puede ofrecer la presente regla de prescripción, y por innecesario omitimos toda consideración sobre ella.

f) *Prescripción por término de veinte años.*—Por dicho término prescribe lo acción hipotecaria.

Precepto es éste que se halla en un todo conforme con lo establecido en el art. 134 de la ley Hipotecaria, el cual continúa subsistente y en vigor por virtud de la declaración contenida en el art. 1880 del Código, toda vez que no ha sido objeto de disposición en contrario, en el nuevo Cuerpo legal, en el capítulo especial consagrado al contrato de hipoteca.

El mayor plazo fijado para la prescripción de esta clase de acciones, con relación á las meramente personales, se funda, como desde luego se comprende, en la naturaleza especial de aquéllas, las cuales exigían dicho aumento como compensación á la garantía hipotecaria ofrecida por las mismas y perdida por la prescripción extintiva. Sin embargo, en algún Código, como sucede en el de Guatemala, el plazo de prescripción de la acción para el cobro de una deuda asegurada con hipoteca, es el de quince años. En cambio, el del Uruguay y otros exigen el lapso de treinta años.

g) *Prescripción por término de treinta años.*—Las acciones reales sobre bienes inmuebles, dice el art. 1963, prescriben á los treinta años. Este mismo término era el fijado en la ley 22 del título 29 de la Partida 3.ª, y la jurisprudencia constante del

Tribunal Supremo anterior á la publicación del Código, vino á establecer como inconcuso dicho principio. Los autores del Código se encontraban con una fuerte opinión, formada ya en la doctrina, y no tuvieron más que trasladarla á los preceptos del nuevo Cuerpo legal, ajustándose así al criterio marcado para la codificación de nuestro derecho en la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 y al espíritu en que se inspiró la misma.

Nada necesitamos exponer, por lo tanto, en justificación de la regla consignada para la prescripción de estas acciones; pero hay que tener en cuenta que, según el precepto contenido en el párrafo segundo del citado art. 1963, debe entenderse dicha disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio ó de los derechos reales por el medio de la prescripción adquisitiva.

Varias son las declaraciones que la jurisprudencia ha tenido necesidad de hacer con relación á la prescripción de esta clase de bienes, y entre ellas merecen citarse muy especialmente la sentencia de 11 de Octubre de 1905, en la que se estableció la doctrina de que, según repetidamente tenía reconocido el Tribunal Supremo, la propiedad de los bienes inmuebles prescribe en Cataluña por la posesión de treinta años, cualquiera que sea la causa ó el origen de ésta, extinguiéndose asimismo por igual transcurso de tiempo todas las acciones civiles de esa misma naturaleza, conforme al usatge *Omnes causae sive bonae sive mala*, contenido en las Constituciones del derecho foral vigente en dicho territorio.

Con la sucinta exposición que hemos hecho de las reglas prescriptorias establecidas en los diversos artículos cuya inteligencia motiva el presente comentario, queda perfectamente determinado, á nuestro juicio, el sistema adoptado por el Código para la prescripción extintiva; pero aparte de dichas reglas, el Código señala plazos especiales de prescripción para algunas otras acciones no comprendidas en los citados artículos, como sucede, por ejemplo, con la de retracto legal, que, según es sabido, sólo puede ejercitarse dentro del término de nueve días, establecido en el art. 1524, contados desde la inscripción en el

Registro de la propiedad de la transmisión hecha de la cosa que trate de retraerse; y en el caso de que no hubiere sido inscrita dicha transmisión, ó de que ésta no sea necesaria, habrá de contarse el término indicado desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la enajenación. En todos esos casos habrá de estarse á la disposición especial que para ellos rigiere.

II. *Concordancias.*—No encontramos concordancia alguna en los Códigos extranjeros en cuanto al precepto establecido en el artículo 1962, que fija el término de prescripción para las acciones reales sobre bienes muebles; pero al examinar el 1955 expusimos ya las relativas á la prescripción adquisitiva de dicha clase de bienes, y como la adquisición de su dominio por el poseedor extingue la acción que al primitivo propietario pudiera corresponder, las citas hechas entonces pueden estimarse aplicables al presente caso, puesto que se contraen á la doctrina indicada como antecedente jurídico conveniente para el estudio de la regla de prescripción fijada en el expresado art. 1962.

El art. 1963 concuerda con el 2262 del Código de Francia, del cual parece haber sido tomado, y además con el 2135 del de Italia, con el 535 del de Portugal, con el 2262 del de Bélgica, con el 2004 del de Holanda, con el 1666 del de Vaud, con el 658 del de Guatemala, con el 1176 del del Uruguay, con el 2285 del de Bolivia, con el 3465 del de la Luisiana, con el 1200 del de Méjico y con el 1091 del de la Baja California.

Á su vez, el art. 1964 tiene concordancias con el 2516 del Código de Chile, con el 658 del de Guatemala, en el que hemos indicado ya que se exigen quince años para prescribir la acción que corresponde para exigir el cobro de una deuda que esté asegurada con hipoteca, y el de diez cuando carece de esa garantía, y con el 2301 del del Uruguay, en el cual se preceptúa que la prescripción para extinguir la hipoteca ha de ser precisamente de treinta años, y con algún otro.

El art. 1965 no tiene tampoco concordante en los diversos Códigos extranjeros; y el 1966 concuerda con el 2277 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2144 del de Italia, con el 543

del de Portugal, con el 2012 del de Holanda, con el 660 y el 670 del de Guatemala, con el 1183 del del Uruguay, con el 2524 del de Chile, con el 1212 del de Méjico, con el 1103 del de la Baja California, con el 2457 del de Veracruz Llave y con otros varios.

El 1967 tiene concordancias, en cuanto á su esencia, con los artículos 2272 y 2273 de los Códigos de Francia y Bélgica, si bien son distintos los plazos de prescripción señalados en los mismos, pues en el primero de ellos, á más de hacerse extensiva á las acciones correspondientes á los médicos, se señala el plazo de un año, y en el segundo, se fija el de dos y cinco años respectivamente para prescribir los honorarios y gastos de los Abogados, según que se hubiere terminado ó no el asunto en que se hubieren devengado. Concuerda además dicho artículo de nuestro Código con el 2138, el 2139, el 2140 y el 2141 del de Italia, según el que se reduce á tres meses la de los hosteleros y patrones; á un año la de los maestros, profesores, comerciantes, curiales, criados, operarios, jornaleros y algunos otros; á tres años la de los maestros, profesores de ciencias, letras y artes para reclamar honorarios de más de un mes; y la de los médicos, cirujanos, abogados y procuradores, cuando no se ha terminado el asunto, ingenieros, arquitectos, notarios, etc. Y, por último, tiene concordancias también, entre otros, con el art. 661 del de Guatemala, con el 1184, el 1185 y el 1186 del del Uruguay, con el 538 al 541 del de Portugal, con el 2521 y el 2522 del de Chile, con el 2294 del de Bolivia, con el 3499 y el 3503 del de la Luisiana, con el 1663 y el 1672 al 1674 del de Vaud, con el 2005 al 2007 del de Holanda, con el 4032, el 4035 y el 4036 del de la República Argentina, con el 1204 al 1210 del de Méjico, con el 1095 al 1102 del de la Baja California y con el 2458 y el 2459 del de Veracruz-Llave.

En cuanto al art. 1968, se encuentran concordancias de su precepto en el 2146 del Código de Italia, en el 1490 del de Austria, en el 1677 del de Vaud, en el 3501 y el 3502 del de la Luisiana, en el 4037 y el 4038 del de la República Argentina, en

el 668 del de Guatemala, en el 1204 del de Méjico, en el 1905 del de la Baja California, en el núm. 8.º del 1205 del de Campeche, en el 2461 del de Veracruz-Llave y en algunos otros.

ARTÍCULO 1969

El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

ARTÍCULO 1970

El tiempo para la prescripción de las acciones, que tienen por objeto reclamar el cumplimiento de obligaciones de capital con interés ó renta, corre desde el último pago de la renta ó del interés.

Lo mismo se entiende respecto al capital del censo consignativo.

En los censos enfitéutico y reservativo se cuenta asimismo el tiempo de la prescripción desde el último pago de la pensión ó renta.

ARTÍCULO 1971

El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme.

ARTÍCULO 1972

El término de la prescripción de las acciones para exigir rendición de cuentas corre desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas.

El correspondiente á la acción por el resultado de las cuentas, desde la fecha en que fué este reconocido por conformidad de las partes interesadas.

I. *Reglas para la computación del término de la prescripción extintiva.*—En la prescripción de acciones es aún más importante

que en la del dominio la materia relativa á la computación del término señalado para que se produzca ó consolide la misma, puesto que en ella no se exige ningún otro requisito para dicho fin más que el transcurso del tiempo; y, por consiguiente, tiene mayor interés que en ningún otro caso cuanto se refiera al modo cómo deba contarse éste.

Y, en efecto, el primer pròblema, por no decir el único, que desde luego sugiere el estudio de la cuestión concerniente á ese requisito esencial de esta clase de prescripción, y la primera duda que se ofrece á nuestra consideración en el examen reflexivo de la misma, se contraen al momento en que debe empezar á contarse, en los diferentes casos en que pueden suscitarse en la práctica, cada uno de los diversos términos que, según hemos visto en el comentario anterior, establece el Código para la prescripción de las acciones, en razón á la diferente naturaleza de las mismas y de las obligaciones que constituyen su peculiar objeto.

Teniendo en cuenta la importancia de dicha materia, tanto nuestro antiguo derecho como el nuevo cuerpo legal han procurado reglamentarla con la mayor precisión y fijeza, y á ese objeto responden los preceptos de los cuatro artículos que son objeto de nuestro actual examen; en el primero de los cuales se establece una regla clara y fácilmente comprensible, constituyendo las disposiciones de los otros tres, más que verdaderas excepciones de la misma, aclaraciones particulares de su norma y aplicaciones concretas de dicha regla á determinados casos, que pudieran parecer dudosos sin esa expresa regulación hecha por la ley.

Según la regla indicada, el Código deja á salvo, en primer término, todas las especiales disposiciones del mismo relativas á la computación legal de los términos de la prescripción extintiva, y sólo á falta de regla determinada, en otros distintos preceptos, habrá de estarse á la consignada en el art. 1969, según la que debe contarse el tiempo en dicho caso desde el día en que pudieran ejercitarse las acciones, cualquiera que sea la clase de

las mismas. Es, pues, una norma supletoria la que se establece en el artículo, la cual se halla en un todo conforme con la opinión unánime de los jurisconsultos y con la jurisprudencia de los Tribunales, que ha venido manteniendo siempre el mismo principio.

No obstante la claridad de dicho precepto, el Tribunal Supremo ha tenido necesidad de fijar en diversos casos su recta y exacta inteligencia, resolviendo las dudas que el interés particular, más que ninguna razón jurídica, pudo motivar en distintas ocasiones. Con dicho objeto, declaró en sentencia de 8 de Mayo de 1903 que «la frase empleada por el legislador en el expresado art. 1969 de que el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse, hace referencia notoria á la posibilidad legal, por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones del individuo ú otras circunstancias, cuando la ley así lo determine y prefije como excepción, lo cual está conforme con el alcance y fines de la prescripción». En su virtud, con arreglo á la doctrina establecida por dicha sentencia en los términos indicados, no deben tenerse en cuenta para la determinación del momento en que debe empezar á correr el término de la prescripción para la computación del mismo, ninguna razón ni circunstancia que no afecte á la *posibilidad legal* del ejercicio de la acción que ha de ser prescrita.

Conforme con esta doctrina se estableció en dicha sentencia, como regla de jurisprudencia, que «desde el instante en que se realiza un acto ó se celebra un contrato cualquiera que lesiona derechos de alguien que pueden ser inmediatamente reivindicables, nace la acción correspondiente para conseguirlo, y que á este momento hay que atenerse para empezar á contar en su caso el término de la prescripción, cuando la ley especialmente no dispone otra cosa»: regla que si bien fué consignada con relación á la acción rescisoria, es aplicable á los demás casos que puedan ocurrir.

Por la misma razón que antes hemos indicado, de que en la

prescripción de acciones sólo debe atenderse para el cómputo del término de la misma al momento en que éstas pudieron ser ejercitadas, sin tener para ello en cuenta otros motivos ó consideraciones que pudieran depender de las circunstancias personales en que se hallare el acreedor de la obligación, con relación al obligado á su cumplimiento, que no afecten á la *posibilidad legal* del ejercicio de dichas acciones, cuando la ley no dispone otra cosa, fué desestimado, en sentencia de 22 de Noviembre de 1902, el recurso interpuesto por un contratista de obras, que habiendo ejecutado ciertas reparaciones en una finca en el año de 1893, recibió después el encargo de construir una casa por el mismo dueño de aquélla, y después de transcurrir más de tres años de las obras primeramente citadas, pretendió cobrar su importe juntamente con el de las segundas, fundado en esa consideración ó circunstancia personal que en él concurría de haber continuado trabajando para el deudor. Desestimada dicha pretensión, interpuso recurso de casación, citando como infringido el art. 1969, primero de los comprendidos en este comentario, en apoyo de cuyo recurso alegó que, con arreglo al párrafo último del art. 1967, debía haberse contado el término desde que dejó de prestar servicio á dicho deudor; pero el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, porque no estando el actor al servicio permanente del demandado, y no teniendo relación con las primeras obras las ejecutadas después, no había fundamento por ello para que el término de la prescripción comenzara á contarse, con relación á éstas, en cuanto al coste de aquéllas, sino en la fecha en que fueron terminadas: doctrina perfectamente jurídica y conforme con el criterio mantenido después en la sentencia primeramente citada, pues el encargo de la construcción posterior de la casa no era obstáculo legal para reclamar el importe de las reparaciones de la otra finca hechas antes, y no afectaba, por lo tanto, la nueva relación jurídica creada por dicho encargo á la *posibilidad legal* del ejercicio de la acción correspondiente para el cobro de aquellas reparaciones.

Otras varias sentencias podríamos citar; pero en todas ellas

el criterio seguido ha sido el mismo, inspirándose siempre en la doctrina citada para evitar demoras, suspensiones y retrasos en la computación de los términos en beneficio de la prescripción. Y la razón jurídica de ese criterio consignada se halla en la sentencia de 8 de Mayo de 1903, que hemos citado antes, en la que se dice, como fundamento de ello, que «dado el concepto y fundamento de la prescripción, encaminada principalmente á dar fijeza y certidumbre á la propiedad y á toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, y aun cuando éstas no se ajusten á principios de estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una instabilidad indefinida, es evidente que por el transcurso de determinado tiempo se entienden borrados los defectos que en los títulos de aquéllos puedan existir, y, que al efecto, es preciso señalar, por regla general, un término fijo y claro desde el que empiece á contarse dicho término, cual es el que se consigna en el art. 1969 del Código».

Es decir que esa restricción, que la jurisprudencia viene poniendo en la interpretación de las reglas de computación de los términos para la prescripción, se halla en un todo conforme con los fines de la misma y con los principios en que se funda y que le sirven de justificación.

Después de establecer el Código en el artículo mencionado la regla que hemos expuesto, sanciona en los tres siguientes las aplicaciones especiales que al principio hemos indicado. Refiérense éstas á los casos siguientes:

1.º A las obligaciones por capital con interés ó renta, y á los censos consignativos, reservativos y enfitéuticos.

2.º A las obligaciones declaradas por sentencia.

3.º A las obligaciones sobre rendición de cuentas ó procedentes del resultado de éstas.

En el primero de dichos casos, que es el que motiva el precepto del art. 1970, la declaración más importante de éste es el expreso reconocimiento que en dicho artículo se hace, de acuerdo con el principio establecido en el 1936 y con la declaración

hecha en el 1620, de que pueden ser objeto de prescripción los *capitales* de censo, respecto á lo que existían grandes controversias, porque en cuanto á esa clase de derechos reales estaba muy generalizada la opinión contraria, sosteniéndose por la mayor parte de los tratadistas del derecho antiguo la prescriptibilidad de las pensiones, pero la imprescriptibilidad del capital ó del derecho para solicitar el reconocimiento del censo: controversias á que procuró poner término, aunque sin conseguirlo por completo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida, entre otras sentencias, en las de 24 de Enero y 9 de Marzo de 1863, en las que se declaró por dicho Tribunal no ser doctrina admisible la de la imprescriptibilidad de los censos, y en la de 30 de Abril de 1883, en la que se hizo la declaración importantísima de que no sólo son prescriptibles las pensiones, sino también el capital de los mismos.

Con objeto de poner término á toda discusión sobre ello, los autores del Código, al establecer en el tít. 7.º de este libro la doctrina vigente sobre la materia, sancionaron el principio mantenido por dicha jurisprudencia, elevándolo á precepto positivo en su art. 1620, en el que se declaró que son prescriptibles, tanto el capital, como las pensiones de los censos, dejando para las disposiciones del presente título la determinación ó exposición de las reglas con sujeción á las que debía llevarse á efecto dicha prescripción, siendo ésta la razón de consignarse ahora la que hemos indicado respecto de la computación del término señalado para la misma.

Según la norma establecida para la computación, en dicho primer caso, para la prescripción de las acciones que tengan por objeto reclamar el cumplimiento de obligaciones en que se adeuden capitales con interés ó renta, deberá contarse el término fijado para dicho fin desde el último pago que se hubiere hecho por razón de la renta ó del interés, pues desde entonces corre el tiempo para dicha prescripción. Fúndase esta regla, como dice el Sr. García Goyena comentando el art. 1969 del Proyecto de Código de 1851, que estableció análogo precepto, en

la consideración de que hasta que se deja de pagar el interés ó la renta hay un reconocimiento indudable, de parte del deudor, de la obligación del pago, así como diligencia por el acreedor para la efectividad de su derecho; y tan natural y lógica es esa disposición, que en casi todos los Códigos se halla consignada.

Esto mismo ocurre respecto de los censos consignativos en cuanto al capital, y con los censos enfitéuticos y reservativos, por lo que se refiere al pago de la pensión ó renta, y por eso el citado art. 1970 hace extensiva á ellos la regla indicada.

En cuanto á las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas por sentencia, debe comenzar á correr el término de la prescripción desde que quedare firme la sentencia que declare la obligación ó á que deba ésta su origen. Así lo declara el art. 1971, y la razón de su precepto es obvia, pues desde la firmeza de las resoluciones judiciales es cuando empieza la eficacia de las mismas, y si hasta entonces no puede surtir efectos la sentencia, y, por lo tanto, la obligación declarada por ella, indudable resulta que en el entretanto no ha podido ponerse en ejercicio la acción oportuna para exigir el cumplimiento de dicha sentencia, y la falta de utilización de la acción no puede implicar abandono ni negligencia alguna por parte de la persona á quien corresponda. No hay, pues, base que pueda servir de fundamento para la prescripción, hasta que llegue el momento de poder ser ejercitada, ó sea, desde que es eficaz la sentencia que declara la obligación que ha de ser exigida. Resulta, en su virtud, de perfecto acuerdo el precepto de dicho artículo con el principio establecido en la regla general consignada en el 1969.

Finalmente, respecto de las acciones que puedan existir para reclamar la rendición de cuentas, en los casos en que esto fuere procedente, correrá el término de la prescripción desde que cesaren en sus cargos los que deban rendirlas y en cuanto á las que proceda ejercitar por consecuencia del resultado de ellas, desde que dicho resultado fuere reconocido por conformidad de las partes interesadas.

La regla establecida respecto de ambos casos por el art. 1972, en los términos expuestos, es tan lógica y procedente, que basta el mero buen sentido para estimarlo así y no necesita explicación ni justificación alguna, pues hasta que cese en su cargo el que obligado á rendir cuentas está en disposición de darlas y no puede exigirse al mismo la liquidación definitiva de ellas, y, por consiguiente, no hay demora alguna en el ejercicio de la acción respectiva. De igual modo hasta que no se ha aprobado por conformidad de las partes interesadas el saldo ó las partidas de una cuenta, no hay resultado líquido de la misma, y no puede reclamarse su efectividad no habiendo tampoco, en su consecuencia, retraso ó negligencia alguna en la realización de la acción derivada de dicho resultado, faltando en uno y otro caso la base necesaria para la prescripción.

II. *Concordancias.*—Explicadas ya, con la brevedad que las circunstancias nos imponen, las diferentes reglas establecidas para la debida y exacta computación de los diferentes términos señalados para la prescripción de acciones, réstanos, para dejar ultimado este comentario, exponer algunas de las principales concordancias que con análogas disposiciones de las legislaciones extranjeras tienen los artículos que son objeto del mismo.

El art. 1969 concuerda sustancialmente con el 2257 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2027 del de Holanda, y con el 1662 del de Vaud, pues si bien en estos se habla de obligaciones condicionales ó á plazo la doctrina es la misma, toda vez que en ellos se consigna la regla de que no empieza á correr el término sino desde el cumplimiento de la condición ó desde el vencimiento del plazo, que es precisamente desde cuando pueden ser ejercitadas las acciones para exigir el cumplimiento de ellas. Concuerda también dicho artículo con el 1179 del Código del Uruguay, con el 2514 del de Chile, con el 1205 y siguientes hasta el 1211 del de Méjico, con el 2454 del de Veracruz Llave, con el 1096 al 1102 del de la Baja California y con algunos otros.

El 1970 concuerda á su vez con el art. 2248 de los Códigos

de Francia y Bélgica, con el 515 del de Portugal, con el 1668 y 1669 del de Vaud, con el 1180 del del Uruguay, con el 2455 del de Veracruz-Llave, con el 1215 del de Méjico, con el 1105 del de la Baja California y con algunos otros.

El art. 1971 tiene concordancias con el 1181 del Código del Uruguay y con el 2456 del de Veracruz Llave entre algunos otros; y, por último, el 1972 concuerda con el art. 546 del Código de Portugal, con el 1218 del de Méjico, con el 1108 del de la Baja California, con el 3960 del de la República Argentina y con otros varios.

ARTÍCULO 1973

La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

ARTÍCULO 1974

La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha ó perjudica por igual á todos los acreedores y deudores.

Esta disposición rige igualmente respecto á los herederos del deudor en toda clase de obligaciones.

En las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto á los otros codeudores.

ARTÍCULO 1975

La interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efecto también contra su fiador; pero no perjudicará á éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor ó reconocimientos privados del deudor.

I. *Causas de interrupción de la prescripción extintiva.*—Según hemos podido apreciar por el examen que venimos haciendo de

las disposiciones del presente título, es éste uno de los que más se distinguen en el Código por el perfecto desenvolvimiento y desarrollo jurídico de la materia objeto del mismo; y así como en los capítulos precedentes encontramos una exquisita regulación positiva en cuanto á las disposiciones comunes á las dos formas que puede afectar la prescripción, y á las propias y peculiares de la prescripción del dominio ó adquisitiva, en éste se observa también que no sólo no cede en mérito á los anteriores, sino que muy pocos serán aquellos que contengan preceptos tan claros, tan terminantes y tan completos como el mismo.

En él después de establecerse las reglas fundamentales de esta clase de prescripción, así como los términos más convenientes ó apropiados para la extinción, por dicho medio, de las distintas clases de acciones, y después de consignar las disposiciones que han de regular la computación de dichos términos, se fijan las normas á que han de ajustarse los efectos de la interrupción del lapso del tiempo en la prescripción extintiva, completando de este modo la doctrina jurídica y la teoría de dicha materia.

La prescripción de acciones, puede ser interrumpida en su curso por causas legales como vimos sucedía en la prescripción del dominio; pero por la naturaleza especial de la que estamos examinando, como materia propia y exclusiva de este capitulo, los modos ó causas de interrupción son más reducidos en número aunque más amplios en su extensión que en la adquisitiva, como no puede menos de suceder, en razón á que, por no ser activa, sino meramente pasiva, según tenemos ya dicho, no puede haber en esta clase de prescripción la interrupción natural. No se da ésta porque como no se posee, no puede cesarse en la posesión y toda vez que en la prescripción extintiva no se exige más que el transcurso del tiempo sin el ejercicio de las acciones, ninguna de las modificaciones de los otros requisitos, que en la prescripción del dominio ó de otros derechos producen por consecuencia de ellas la interrupción, no pueden tener lugar en la presente, quedando reducidas, por lo tanto, á la civil las causas

de interrupción, la cual puede reconocer por origen alguno de los tres motivos siguientes:

1.° El ejercicio ante los Tribunales de la acción que hubiera de ser prescrita.

2.° La reclamación extrajudicial del acreedor.

3.° Cualquier acto de reconocimiento, por parte del deudor, de la obligación objeto de la acción.

Estas son las únicas causas de interrupción que establece la ley en la prescripción de acciones; pero, aunque menores en número que las admitidas para la del dominio, sus límites son más amplios y su alcance mucho mayor, como veremos en el examen que de cada una de ellas pasamos á hacer á continuación.

a) *Ejercicio ante los Tribunales de la acción objeto de la prescripcion.*—Al ocuparnos de las causas de la interrupción de la prescripción adquisitiva, expusimos y demostramos que no bastaba la mera interpelación judicial para que se produjera dicho resultado, sino que era preciso, para que surtiera tal efecto, la citación judicial, llevada á cabo con todas las solemnidades de la ley, aunque fuera realizada en virtud de mandato de Juez incompetente, ó que mediare acto de conciliación, celebrado ó intentado con el deudor, seguido de la correspondiente demanda dentro de los dos meses siguientes. Y aun con relación á la citación judicial, todavía había que admitir los casos de excepción reconocidos y sancionados en el art. 1946.

Tal es, en resumen, el régimen legal establecido para la interrupción civil de la prescripción del dominio; pero en la de acciones, el criterio es muy distinto y más amplio.

En efecto: en primer lugar, no tienen aplicación en la misma ninguna de las excepciones del art. 1946 antes citado, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Enero de 1901.

Además, basta la mera presentación de la demanda para que surta ésta el efecto interruptor sin necesidad de esperar á la citación judicial, al contrario de lo que sucede en la prescripción

adquisitiva, en la que, siendo causa de la interrupción la impugnación de la posesión en que se halla el que prescribe y la pérdida de su condición de pacífica y de ser mantenida de buena fe en concepto de dueño, es indispensable la citación judicial del demandado, para que el poseyente tenga conocimiento de la impugnación de su posesión y pueda ó no oponerse á ella. Pero en la prescripción extintiva, no es necesario dicho requisito, porque estando fundada en ella la extinción en el no uso de la acción, basta que sea puesta en ejercicio para que cese la causa y el fundamento de su prescripción. Por eso no hay que esperar tampoco á que recaiga la sentencia para que se consoliden ó no los efectos de la suspensión, que determina, en cuanto á la virtualidad de la causa interruptora, la citación judicial en la adquisitiva para estimar que la interrupción subsistió desde ella si la demanda prosperase, ó que no tuvo efecto en tiempo alguno si fuera desestimada en definitiva.

Esta es también la razón por la que no puede tener aplicación en el presente caso el precepto del citado art. 1946, toda vez que la eficacia de la interrupción ya causada con el ejercicio de la acción, no depende de los términos de la sentencia que en su día recaiga, y, por lo tanto, es indiferente el que la citación, que por consecuencia de la demanda se haga, se ajuste ó no á las formalidades establecidas para ello por la ley, ni que el actor desista después de su reclamación ó deje caducar la instancia, ni que sea absuelto el demandado. La interrupción de la prescripción extintiva se produce eficazmente desde luego con la presentación ó interposición de la demanda ó con cualquier otro acto en que sea ejercitada la acción que hubiera de ser prescrita en otro caso, y en su virtud habrá que empezar á contarse de nuevo el término cuando cesen los efectos de dicho ejercicio, ya por abandono ó desistimiento voluntario del actor, ya por caducidad de la instancia, ya por sentencia recaída en el juicio, sin que pueda acumularse en ningún caso el tiempo anterior á la interrupción, al que transcurriere después de ella.

Tiene declarado el Tribunal Supremo respecto de esta causa,

de interrupción, en sentencia de 5 de Julio de 1904, y es muy de tener en cuenta dicha declaración, que «para estimar que se ha interrumpido el plazo de prescripción de una acción determinada, es indispensable que se haya ejercido dicha acción, no otra que con ella tenga mayor ó menor analogía, porque así lo previene el art. 1973 del Código civil, al disponer concreta y literalmente que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, indicando con claridad el posesivo usado por la ley, que la acción antes ejercitada y la que después se use ha de ser siempre la misma».

El mismo Tribunal en sentencia de 5 de Noviembre de 1903, ha establecido la recta inteligencia de la presente causa de interrupción, sentando la doctrina de que el precepto del art. 1973 del Código civil, que trata de la interrupción de la prescripción de acciones, es en absoluto independiente del establecido en el 1935, pues aquel se refiere exclusivamente á las condiciones de los actos constitutivos de la interrupción, y el segundo de los mencionados artículos contiene declaración sustancial de derecho por renuncia expresa ó tácita de prescripción ganada, renunciada en favor de quien ejercita una acción determinada excluyente por lo mismo de la excepción de prescripción; en cuya virtud la reclamación no puede servir para interrumpir la prescripción cuando se ejercita la acción después de transcurrido el término señalado al efecto. Es decir, que el ejercicio de la acción para que interrumpa la prescripción, es preciso que tenga lugar antes de que esta se haya producido; y la razón es obvia pues entonces existe ya un derecho creado legítimamente que no puede menos de surtir efecto, y que pone obstáculo al ejercicio de dicha acción, dando lugar á la excepción de prescripción en él fundada.

Hemos de ocuparnos más adelante de esta condición de oportunidad ó de tiempo hábil en que ha de producirse la causa de interrupción, cualquiera que ésta sea, para que surta sus naturales efectos, y por lo tanto, no insistimos más sobre ello.

b) *Reclamación extrajudical del acreedor.*—También en esto se

diferencia esencialmente la interrupción de la prescripción extintiva de la de la adquisitiva. En esta última, para que surtiera el efecto de interrumpir el lapso del tiempo la reclamación del acreedor, ó sea del tenedor de la acción ó del dominio, tenía que ser deducida judicialmente, mientras que en la prescripción de acciones basta que la reclamación sea extrajudicial. Al ocuparnos de las causas de interrupción de la prescripción del dominio, expusimos ya la razón de esta diferencia, consistente en las distintas circunstancia que en una y otra concurren, y realmente no tendríamos que agregar ahora consideración alguna á lo dicho entonces, pues la indicación allí hecha basta para justificar la diversidad de preceptos en ambos casos.

Por la prescripción adquisitiva se trata de crear un derecho nuevo frente al del propietario, al cual sirve de obstáculo impidiendo su ejercicio, puesto que se subroga en el lugar del primitivo dueño el que, por los medios y en la forma establecida por la ley, adquiere el dominio ó el derecho objeto de la prescripción. Por el contrario, en la extintiva, el resultado es la pérdida de la acción que tenía el propietario, en castigo de su incuria, ó por la presunción de su abandono que implica la falta de ejercicio de la misma durante el período de tiempo considerado por la ley como suficiente para estimar dicha renuncia. Y siendo tan distintas las circunstancias y tan diferentes los efectos del lapso del tiempo en uno y otro caso, desde luego se comprende que se exijan en ellos distintos requisitos también, como garantía necesaria y precisa para la determinación de dichos resultados, no bastando por eso en el primero de dichos casos la mera reclamación extrajudicial, pues por su falta de seguridad y hasta de posible comprobación en algunos casos, no puede tener la eficacia suficiente para considerarla como fundamento bastante de la interrupción, y de la pérdida del derecho que por el transcurso del tiempo venía ganándose por medio de la prescripción. Y para mayor seguridad y garantía de certeza, se exige en la prescripción adquisitiva que la reclamación del dueño tenga la autenticidad y seriedad propias de toda reclamación judicial.

Esta necesidad no existe en la prescripción de acciones, por la razón antes indicada de las especiales circunstancias de la misma, y por consiguiente, no resulta precisa la adopción de dichas garantías, bastando, en su virtud, la mera reclamación particular para interrumpir el término de ella. Dicha prescripción se funda, en efecto, en la presunción del abandono de la acción y desde el momento que tal abandono no existe, como lo demuestra el hecho de reclamar el cumplimiento de la obligación, ha de cesar la base de la presunción indicada.

Esta es de las denominadas *juris tantum* admitiendo como tal la prueba en contrario, la cual corresponde al que afirma el hecho de la interrupción por consecuencia de la reclamación deducida extrajudicialmente.

Lo dicho respecto de la anterior causa de interrupción acerca de la ineficacia, para dicho fin, del ejercicio de la acción después del término señalado por la ley para ello, es aplicable también á la reclamación extrajudicial, y en su virtud, para que esta sea eficaz y pueda surtir el efecto indicado, es preciso que sea deducida antes de que haya prescrito la acción propia para exigir el cumplimiento de la obligación que sea objeto de dicha reclamación. Pasado dicho tiempo, el deudor de la obligación ha adquirido ya el derecho de ser libertado de ella, y el allanamiento que prestara á la reclamación, ó su conformidad con la interrupción, lo único que implicaría sería una renuncia del derecho creado, y de ningún modo podría surtir el efecto de dar vida por la mera interrupción á una acción ya prescrita y caducada.

c) *Reconocimiento por parte del deudor de la obligación.*—La tercera de las causas por las que puede interrumpirse la prescripción de las acciones, consiste en cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor, es decir, de la obligación objeto de la acción que hubiera de ser prescrita en otro caso, llevado á cabo dicho reconocimiento por el obligado á cumplirla.

La doctrina relativa á esta causa de interrupción, es la misma que expusimos al ocuparnos de la tercera de las que producen

la interrupción civil en la prescripción adquisitiva, é innecesario resulta, por consiguiente, el que reproduzcamos ahora su exposición, bastando para nuestro objeto remitirnos á lo entonces dicho.

Según indicamos en dicha ocasión, el reconocimiento del derecho del dueño, eficaz para interrumpir la posesión determinante de la prescripción adquisitiva, podía ser *expreso* ó *tácito*, y así terminantemente lo preceptúa el art. 1948; pero al establecer el Código en su art. 1973 esta análoga causa de interrupción en la prescprición extintiva, omite dicha expresión, y esa omisión pudiera tal vez ser causa de que por alguien se creyese que el reconocimiento tácito, no era eficaz en este caso, para producir dicho resultado.

No ha sido llevada aún á la resolución del Tribunal Supremo esta cuestión que el interés particular pudiera producir; pero entendemos que el error en que se incurriría en dicho caso sería por demás notorio y evidente, pues no hay fundamento racional alguno para mantener esa diferencia, y la interpretación que en ese sentido se diera al precepto del art. 1973 estaría en pugna con la amplitud de criterio, favorable á la interrupción, que el Código admite en esta clase de prescripción y que constituye el espíritu de sus especiales disposiciones en la materia: amplitud de criterio que llega hasta estimar suficiente para dicho fin la mera reclamación extrajudicial, tan desprovista de seguridad y autenticidad como antes hemos indicado. Y no se explica que para la interrupción de la prescripción adquisitiva, en la que la ley exige mayores garantías, baste el reconocimiento tácito, y no sea suficiente en la extintiva, en la que debe surtir dicho efecto cualquier acto que demuestre la conformidad implícita de las partes con la subsistencia de la obligación y con la cesación, por lo tanto, de la presunción de abandono que implica la falta de ejercicio de la acción; pues desde luego revela su voluntad contraria á la caducidad de la obligación, quien directa ó indirectamente, y de una manera expresa ó tácita, reconoce la deuda de su cumplimiento. No hay, pues, á nuestro juicio, razón jurídica

ninguna que justifique dicha interpretación ni motivo suficiente para establecer esa errónea diferencia.

No sólo estaría en contradicción dicha inteligencia con el espíritu de la ley, sino también con el sentido literal de la misma, pues los propios términos del artículo citado, demuestran claramente que basta para interrumpir la prescripción de acciones *cualquier* acto de reconocimiento de la deuda, *cualquiera* que sea su clase. Y no se diga que la ley emplea la palabra *acto* al tratar del reconocimiento de la obligación para demostrar con ello la necesidad de que éste sea expreso, fundado en que todos los actos humanos son ó deben ser producto de una voluntad conforme con su fin y con su objeto, pues el argumento que en dicha consideración pretendiera fundarse, caería por su base, teniendo en cuenta que hay actos de reconomiento que pueden no ser debidos á una expresa manifestación de la voluntad en dicho sentido.

Conforme con nuestra opinión se halla la de todos los expositores y comentadores del derecho vigente, y por lo tanto, no creemos posible la duda sobre ello; pero por si contra lo que suponemos llegara á suscitarse en la doctrina cuestión alguna acerca de este punto, hemos creído necesario hacer las indicaciones que preceden, las cuales consideramos que son suficientes para establecer la verdadera y exacta inteligencia del precepto indicado.

Pero no basta cualquier acto de reconocimiento expreso ó tácito de la obligación, por parte del deudor de su cumplimiento, para que se entienda interrumpida la prescripción de la acción correspondiente, sino que es preciso que esos actos sean eficaces con arreglo á la ley para producir efectos jurídicos. Damos aquí, por reproducido, cuanto expusimos en el lugar antes citado, acerca de la eficacia de los actos interruptores de la posesión con relación á la prescripción adquisitiva, pues cuanto dijimos en dicha ocasión, es aplicable á la presente. En su virtud, si los actos de reconocimiento fueran nulos ó contrarios á las leyes, como sucedería, por ejemplo, si se llevaran á cabo por el menor, ó por su representante legal sin las formalidades legales ó sin los re-

quisitos debidos, no producirían como resultado la interrupción, porque los actos nulos ó contrarios á derecho, no pueden surtir efecto jurídico alguno. Y lo mismo sucedería por igual razón, si el reconocimiento llevado á cabo fuera de una obligación contraria á la moral ó al orden público.

Tampoco producirían dicho resultado los actos de reconocimiento de la obligación, ó sea de la deuda, ejecutados después del término establecido por la ley para la prescripción de la acción correspondiente, pues no necesitándose para ésta más que el mero transcurso del tiempo sin ejercitarla, basta ese solo hecho para que se cree á favor del obligado la excepción de prescripción, como un derecho *adquirido* que pone obstáculo al ejercicio de aquélla.

Á este propósito tenemos que recordar la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de Marzo de 1902, en la que se reconoció el error legal que se había cometido por el Tribunal sentenciador, en el pleito á que dicha sentencia se refiere, al declarar subsistente un censo ya prescrito por estimar interrumpido el término para su prescripción, concediendo para ello eficacia suficiente á hechos ocurridos después del tiempo de la prescripción, y atribuyendo fuerza interruptora á actos del acreedor de la obligación sin virtualidad bastante para determinar la interrupción, así como á aseveraciones personales del censualista no adecuadas para su justificación cumplida; en cuya sentencia se estableció la doctrina de que sólo puede estimarse interrumpida la prescripción *por actos de los previstos en la ley, realizados durante el curso del tiempo marcado para que aquélla pueda tener lugar*.

Aplicando y ratificando la doctrina consignada en el art. 1973, tantas veces citado, tiene declarado el mismo Supremo Tribunal en sentencia de 31 de Enero de 1903, que el reconocimiento del derecho á cobrar las pensiones de un censo, interrumpe la prescripción é impide hacerla extensiva á las devengadas con posterioridad.

II. *Efectos especiales de la interrupción de la prescripción de*

acciones con relación á determinadas clases de obligaciones.—Después de consignar el Código en el art. 1973 las causas de interrupción de la prescripción de acciones, regula en los dos siguientes los efectos especiales de dicha interrupción con relación á las obligaciones solidarias y mancomunadas, así como á las derivadas del contrato de fianza, hallándose perfectamente justificada la especialidad de dichas disposiciones por la propia naturaleza de la clase de prescripción de que nos ocupamos; y por la relación que tienen con la regla general respecto de dicha interrupción, hemos considerado muy conveniente examinarlas á la vez que ella.

Del estudio detenido de dichos artículos resulta que la interrupción de la prescripción de acciones se interpreta ó se estima unas veces en un sentido lato y otras de un modo estricto y restrictivo, según la naturaleza de las obligaciones. Así, en las solidarias aprovecha ó perjudica conjuntamente á todos los acreedores y deudores; pero en las mancomunadas, si el acreedor reclama de uno de los deudores sólo la parte que le corresponde, entonces no rige la regla anterior, y por consiguiente, no perjudicará á los demás deudores ni aprovechará su reclamación para interrumpir la prescripción en cuanto á los otros coacreedores.

La razón de esta diferencia está en el precepto del art. 1141, según el que, cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil á todos los demás, en cuya virtud dispone dicho artículo en su párrafo 2.º que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán á todos ellos. Al disponer, por lo tanto, ahora el Código en el art. 1974 la regla que hemos indicado con relación á las obligaciones de dicha clase, no hace otra cosa que aplicar el principio establecido en aquel precepto á dicha regla de prescripción, como una consecuencia lógica del mismo, pues «si la solidaridad, como dice un autor, implica conjunción de derechos y obligaciones, de acciones y de responsabilidades», es indudable que no puede ser ni resultar distinta la condición de los acreedores ó de los deudo-

res en dicha clase de obligaciones, cuando en beneficio de alguno de los primeros ó en perjuicio de cualquiera de los segundos se hubiere interrumpido el lapso del tiempo de la prescripción, sino que todos han de quedar en las mismas circunstancias ó en identidad de derechos, toda vez que se hallan por igual sujetos *in solidum* por la conjunción de la solidaridad. De aquí que la interrupción de la prescripción producida por los actos de un acreedor sòlidario aproveche á todos los coacreedores, y de igual modo la interrupción llevada á cabo respecto de uno de los deudores solidarios, ya por el ejercicio de la acción exclusivamente contra él, ya por la reclamación hecha á él solo de su participación con independencia de los demás obligados, ya por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por parte del mismo, tiene que surtir efecto en cuanto á los demás, porque el acto realizado altera las condiciones ó las circunstancias jurídicas en que se encontraban, por la razón ya indicada de la conjunción de la solidaridad en la obligación, que les hace partícipes á todos de las consecuencias jurídicas determinadas respecto de cualquiera de ellos. No existe la misma razón ó el mismo motivo en las obligaciones mancomunadas, y por eso los efectos de la interrupción *individual,* ó con relación á uno de los deudores de la obligación objeto de la acción, cuya prescripción se interrumpe, no afecta á los otros, y no produce dicho resultado respecto de ellos la reclamación hecha á uno de los obligados de la parte correspondientes al mismo.

Lo dicho acerca de las obligaciones solidarias es aplicable en toda clase de obligaciones respecto de los herederos del deudor, puesto que todos y cada uno de ellos representa al causante y conjuntamente le suceden en sus derechos y obligaciones, encontrándose en el mismo caso que los obligados solidariamente en cuanto al pago de las deudas del mismo.

Sin embargo, no todas las legislaciones extranjeras aprecian del mismo modo los efectos de la interrupción, con relación á los herederos del deudor, pues en algunas no se considera interrumpida la prescripción respecto de los demás herederos con-

tra los cuales no se haya deducido reclamación, y en otras se admite el efecto interruptor para todos por la reclamación hecha contra cualquiera de ellos. En el primer caso se encuentran los Códigos de Francia y Bélgica, de Italia y de Holanda, según los que es preciso, para que se interrumpa la prescripción respecto de todos los coherederos, que se haga la notificación á todos los herederos del deudor, ó que por todos ellos se reconozca la obligación. En el segundo caso se hallan, entre otros, los Códigos de Portugal, de Méjico, de la Baja California y de Veracruz-Llave.

Otro efecto especial de la interrupción de la prescripción de acciones regula el Código en el art. 1975, último de los que hemos agrupado para su examen en este comentario. Refiérese á las obligaciones cuyo cumplimiento hubiere sido asegurado por medio de la fianza; y respecto de ellas establece que perjudicará al fiador la interrupción motivada por reclamación de la deuda al deudor ó por reconocimiento de éste, si dicha reclamación fuere judicial ó público el reconocimiento, y no surtirá tal efecto si se hiciese extrajudicialmente la reclamación ó si se reconociese privadamente la deuda.

La razón de dicha diferencia es la misma que tenemos ya expuesto para justificar la distinción que establece el Código entre la prescripción del dominio y la de acciones, en cuanto á los efectos interruptores de la reclamación del acreedor ó dueño, exigiendo, para que se interrumpa la prescripción en el primer caso, que fuere deducida judicialmente, y bastando en el segundo la extrajudicial; pues, siendo subsidiaria la obligación del fiador, para que pueda perjudicarle la reclamación hecha contra el deudor principal ó el reconocimiento de la deuda por parte de éste, es necesario que se acredite de una manera fehaciente y auténtica, lo cual no puede tener lugar en la reclamación extrajudicial cuando ha de surtir efecto con relación á terceras personas responsables, distintas del acreedor y del deudor, que no han tenido intervención en la reclamación privada que entre ambos se hubiere producido sin solemnidad ni formalidad algu-

na y sin ninguna garantía de seguridad y de certeza para el fiador.

Además existe otra razón, que hace igualmente precisa la especialidad de ese precepto, pues de lo contrario podría darse lugar á perjuicios inevitables para el fiador, el cual podría resultar grandemente perjudicado por una simulada reclamación extrajudicial del acreedor ó por un supuesto reconocimiento del deudor. Para evitar, pues, esos abusos, la ley no da efecto interruptor, en cuanto á los fiadores, á los actos extrajudiciales, y exige la reclamación ó el reconocimiento judiciales, aplicando el mismo criterio que sirvió de fundamento al precepto del párrafo segundo del art. 1835 para privar de eficacia, respecto al fiador, á la transacción hecha por el deudor y el acreedor contra la voluntad de aquél.

III. *Concordancias.*—El art. 1973 concuerda con el 2248 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2125 del de Italia, con el 552 del de Portugal, con el 2019 del de Holanda, con el 1497 del de Austria, con el 1655 del de Vaud, con el 1195 y 1199 del del Uruguay, con el 3989 del de la República Argentina, con el 677 del de Guatemala, con el 2518 del de Chile, con el 1232 del de Méjico, con el 2273 del de Bolivia, con el 3486 del de la Luisiana, con el 1117 del de la Baja California y con algunos otros.

El 1974 concuerda á su vez, salvas las modificaciones expuestas anteriormente, con el 2249 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2130 del de Italia, con el 554 y el 555 del de Portugal, con el 2020 del de Holanda, con el 1655 del de Vaud, con el 1201 del del Uruguay, con el 678 al 680 del de Guatemala, con el 2519 del de Chile, con el 2472 y 2473 del de Veracruz Llave, con el 2275 del de Bolivia, con el 3994 al 3996 del de la República Argentina, con el 1233 al 1236 y el 1238 del de Méjico, con el 1118 al 1121 y el 1123 del de la Baja California, con el 1232 al 1235 y el 1237 del de Campeche y algunos otros.

Y, por último, el art. 1975 tiene concordancias con el 2250 de los Códigos de Francia y Bélgica, con el 2132 del de Italia,

con el 556 del de Portugal, con el 2021 del de Holanda, con el 1659 del de Vaud, con el 681 del de Guatemala, con el 1202 del del Uruguay, con el 2275 del de Bolivia, con el 3997 del de la República Argentina, con el 1236 del de Méjico y con el 1121 del de la Baja California.

Disposición final.

ARTÍCULO 1976

Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable á las leyes que en este Código se declaran subsistentes.

I. *Recta inteligencia del precepto de este artículo.*—Llegamos ya en el estudio que venimos haciendo del Código al último de sus artículos, el cual contiene, como *disposición final* de dicho Cuerpo legal, un precepto derogatorio de todas las leyes, usos y costumbres que constituían el derecho civil común vigente á la fecha de su promulgación, pues han quedado sin fuerza ni vigor, tanto en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio, en todo lo relativo á las materias que son objeto del mismo, excepto las que expresamente hubieren sido declaradas subsistentes por dicho Código.

El sentido y alcance de esta disposición son perfectamente claros y definidos. Sin embargo, ha sido objeto de censuras por parte de algunos comentadores y expositores del derecho nuevo, los cuales entienden que con los términos en que ha quedado redactado este artículo subsiste la disparidad de criterio y la falta de unidad de que adolecía el estado legal que hasta entonces había venido regulando las relaciones jurídicas entre los particulares, y lamentan que no se haya establecido en su lugar,

conforme á la aspiración general determinante de la necesidad de la codificación de nuestro derecho, un precepto absoluto y ampliamente derogatorio de la legislación anterior, como sucede, por ejemplo, con el art. 1648 del Código de Vaud. Y no sólo impugnan este artículo por estimarle en pugna con la tendencia general de todas las legislaciones, al mantener la subsistencia de las leyes anteriores que hubieren sido declaradas subsistentes, y con ello la dualidad de origen y aun de criterios jurídicos, sino que además le estiman contrario á la base 27 de las establecidas en la ley de 11 de Mayo de 1888, al consignarse en él, después de la reproducción casi literal de la base indicada, la declaración de que dicha disposición derogatoria no es aplicable á las leyes que en el Código se declaran subsistentes.

Los que en tal sentido se expresan prescinden por completo de los antecedentes necesarios de dicho precepto y de las circunstancias en que fué dictado. En efecto; la comisión redactora del Código tenía una norma fija, preestablecida, á la cual necesariamente tenía que ajustar todos sus actos, y esa norma la constituía la ley de Bases antes citada, en la primera de las cuales claramente se determina la extensión y alcance de la obra encomendada á los mismos. Según ella, el propósito del legislador no era alterar ni cambiar radicalmente el estado legal hasta entonces vigente, sustituyendo las disposiciones de éste con preceptos totalmente opuestos á ellas, ni hacer incompatible en absoluto el régimen nuevo con el antiguo, debiendo quedar éste por completo abolido ó abrogado. Por el contrario, la empresa fué más modesta, y, según expresamente se dice en la base indicada, no había de tener otro alcance este primer Cuerpo legal de nuestra codificación, como anteriormente tenemos dicho, «*que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de las leyes anteriores,* recogiendo las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender á algunas necesidades nuevas con soluciones que tuvieran un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias ó extrañas y hubieran obtenido ya común asentimiento entre nuestros juris-

consultos ó que resultasen bastante justificadas en vista de exposiciones de principios ó de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores».

Como se deduce de los términos mismos de la base indicada, el elemento histórico, el derecho positivo hasta entonces vigente, había de ser el fundamento y la materia principal para la formación del Código mandado publicar por el art. 1.º de la ley antes citada, y por lo tanto, no podía existir ese pretendido antagonismo del derecho nuevo con el antiguo hasta el punto de que hiciese imposible la subsistencia de los preceptos de las antiguas leyes en aquellas materias en que los autores del Código no estimaran preciso introducir nuevos preceptos para regularlas, dejando con tal motivo subsistentes las antiguas leyes por las que hasta entonces se regían.

Ningún inconveniente había para ello; pero no quiere esto decir que se autorizara la coexistencia del derecho antiguo y del nuevo, sino que habiendo disposición expresa en el Código, ésta es la que habrá de regir, quedando abrogados los preceptos correspondientes ó relativos de la legislación anterior, y sólo podrá subsistir el derecho antiguo en lo que no fuere objeto de disposición en el Código, previa declaración de subsistencia hecha por el mismo directa ó indirectamente. Por eso se dice en el artículo que examinamos que quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el derecho común civil hasta entonces vigente, quedando sin fuerza y vigor, *en todas las materias que son objeto de dicho Código*. Es decir, que en las materias no reguladas especialmente con preceptos nuevos, sino que para su regulación se refiere á las disposiciones de las leyes anteriores, declarándolas subsistentes, dichas disposiciones continúan rigiendo como parte integrante de dicho Cuerpo legal ó como adición al mismo; cuya subsistencia ha de estar previamente declarada en tal concepto, precisamente para que no coexistan dos legislaciones distintas y de diverso origen.

Esta es la recta inteligencia del presente artículo, la cual se halla en un todo conforme con la base última de la ley de 18 de

Mayo de 1888, en la parte que á esta cuestión se refiere, la cual condicionó la derogación en los mismos términos, ó sea con relación á todas las materias que son objeto del Código. No existe, pues, entre el artículo y la base la contradicción supuesta por los autores á quienes nos hemos referido, para afirmar equivocadamente que la comisión redactora traspasó los límites dentro de los que habían de quedar sujetos su criterio y sus atribuciones en el cumplimiento de la difícil misión confiada á la misma.

Entienden también dichos autores que la excepción consignada al final del artículo, excluyendo del precepto derogatorio las leyes declaradas subsistentes por el Código, puede originar dudas por sus términos tan absolutos y por el modo abstracto en que se halla consignada dicha excepción. Con este motivo suscitan, principalmente, entre otras, dos cuestiones que de antemano quedan resueltas por preceptos anteriores del Código y por los principios generales del derecho. La primera de ellas se refiere á la forma en que haya de ser declarada la subsistencia de las antiguas leyes que deben quedar en vigor, ó sea si es preciso en todo caso la expresa y terminante declaración de la subsistencia, ó si, por el contrario, basta para estimar subsistente una ley determinada, el que el Código se refiera á ella sin declarar la subsistencia de sus preceptos; y la segunda cuestión planteada con tal motivo se contrae á la extensión de esa misma subsistencia; es decir, si declarada subsistente una ley debe entenderse que quedan en vigor íntegramente todas las disposiciones de la misma, ó si sólo subsisten en aquello que el Código no ha hecho materia especial de alguno de sus preceptos.

Hemos dicho que ambas cuestiones quedan resueltas con los principios previamente consignados por el Código, y en efecto, recordando cuanto tenemos dicho acerca de las distintas modalidades de la manifestación de la voluntad, expresa, tácita y presunta, así como la doctrina constantemente mantenida por la jurisprudencia, que en su lugar oportuno examinamos, se comprende fácilmente que basta que el Código se refiera á una ley determinada, como ampliación ó desarrollo de su precepto, para

que resulte patente la intención y la voluntad del legislador de dejar vigente dicha disposición legal, la cual ha de servir de complemento al precepto del Código sin que sea necesaria la expresa declaración de su subsistencia; y así ocurre en multitud de casos, como más adelante veremos. Y en cuanto á la segunda de las cuestiones citadas, es evidente también que, habiendo de quedar subsistente alguna de las leyes anteriores á la publicación del Código, ha de regirse su subsistencia por los términos en que la misma haya sido autorizada, y á falta de disposición expresa sobre ello, se extenderá la misma á todas las que no fueren incompatibles con las del Código, porque conforme á lo declarado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Marzo de 1904, sólo pueden estimarse derogados en dicho caso aquellos preceptos que estén en oposición con los del Código ó que no puedan coexistir con éstos.

Censuran también los autores y jurisconsultos la norma seguida en este punto, por no haber impuesto el Código la deseada unidad de legislación para todo el territorio: unidad que dicen constituía la aspiración unánime al emprenderse la obra reformadora de la codificación civil para evitar los inconvenientes que proporcionaba la variedad de disposiciones que regulaban por entonces la vida civil; pero la experiencia adquirida por lo ocurrido con los proyectos de 1851 y 1882, aconsejó la adopción de sistema distinto, pues la derogación más ó menos explícita de las leyes especiales por las que venían rigiéndose las provincias aforadas, fué siempre la causa principal de que no llegasen á prosperar ni á convertirse en ley positiva los diversos intentos realizados para llegar á la codificación de nuestro derecho.

Por eso, para asegurar el resultado y eludir la repugnancia con que en otro caso hubiera sido acogido el nuevo Cuerpo legal, se estableció en el art. 5.º de la ley de 18 de Mayo de 1888, conforme con el criterio mantenido y con las conclusiones aprobadas en los congresos de jurisconsultos que precedieron á la confección del segundo de los proyectos de código citados, la subsistencia *por ahora* de las legislaciones forales en las provincias y te-

rritorios en que á la sazón estuviere en vigor el derecho foral, si bien en los términos y con las limitaciones que en dicho artículo se expresan. Y reconocida la subsistencia de dichas legislaciones, es evidente que el precepto derogatorio del artículo final del Código, tenía que concretarse á dejar sin efecto únicamente las leyes, usos y costumbres que constituían el derecho civil *común* respecto de las materias objeto del Código, y así se hizo con evidente acierto, á pesar de la opinión contraria de dichos autores, la cual con sólo la indicación expuesta está completamente desprovista de todo fundamento.

Concretando en su análisis los términos del artículo que examinamos, debemos sentar como conclusión indudable, que por él sólo se derogan las disposiciones del derecho común civil de carácter puramente sustantivo, excepto aquellas que se hubieren estimado ó declarado subsistentes; y por lo tanto, el precepto derogatorio contenido en dicho artículo, no rige respecto de las demás leyes civiles de índole procesal, á no ser que por su peculiar naturaleza hayan sido objeto de precepto especial contrario en el Código ó no puedan coexistir con los que en el mismo se establecen.

Tal ha sido la doctrina mantenida por la jurisprudencia, especialmente en la sentencia ya citada de 8 de Marzo de 1901, y en la de 17 de Febrero del mismo año.

Sin embargo, una cuestión relacionada con esta materia, se sostuvo con bastante insistencia haciendo necesario que el Tribunal Supremo dictara distintas sentencias que han venido á hacer imposible ya toda duda sobre ello. En efecto, á la publicación del Código, y en los primeros años de su vigencia, se creyó que las leyes 8.ª, tít. 22 de la Partida 3.ª y 2.ª y 3.ª del título 9.º, libro 11 de la Novísima Recopilación relativas á la imposición de costas en primera y segunda instancia, no habían sido derogadas por el art. 1976 del Código, porque no tenían carácter procesal, sino sustantivo; y en tal concepto, los jurisconsultos y tribunales la invocaban para la declaración pertinente sobre dicha condena civil y eran citadas como infringidas

y como fundamento de recursos cuando la declaración hecha sobre tal extremo no se ajustaba á los preceptos de las mismas. Pero el Tribunal Supremo, en sentencias de 8 y 22 de Mayo de 1900, 13 de Diciembre del mismo año, 4 de Febrero de 1902, y 17 de Febrero y 5 de Abril de 1904, y en otras varias que no citamos por ser innecesario, declaró con absoluta uniformidad que dichas leyes fueron derogadas como directamente obligatorias y como derecho supletorio por el art. 1976 del Código.

Para dejar bien determinados el alcance y la inteligencia del artículo objeto de este comentario, conviene indicar también que el precepto derogatorio contenido en el mismo, sólo es aplicable en los casos sometidos á la nueva legislación y no en aquellos que han de ser resueltos por la legislación anterior, en razón á tratarse de actos realizados bajo el régimen vigente á la publicación del Código, y, por lo tanto, no infringe dicho precepto la sentencia que aplica las leyes antiguas en dichas circunstancias. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Diciembre de 1901. Sin embargo, en otra de 7 de Febrero de 1896 se había declarado que aun cuando el hecho origen de la contienda judicial, que en dicho caso era un pleito sobre negación de servidumbres, se hubiere verificado bajo la legislación anterior, deben aplicarse las disposiciones del Código civil si el demandante había adquirido su derecho, y por lo tanto, la acción por él ejercitada después de estar en vigor dicho Cuerpo legal: declaración que no es incompatible con la consignada en la sentencia de 27 de Diciembre de 1901 antes citada.

Finalmente, como tiene resuelto el mismo Tribunal en sentencia de 30 de Abril de 1895, la derogación hecha en el presente artículo no se refiere á los estatutos ó reglamentos aprobados por las Compañías ó Corporaciones para su régimen interior; y desde luego se comprende que así sea, porque en dicho caso la voluntad de las partes es la ley suprema que regula las relaciones jurídicas de los asociados entre sí y de los que con ellos contratan, sometiéndose á las prescripciones de dichos estatutos y reglamentos.

II. *Leyes anteriores al Código dejadas subsistentes por éste.*—Las leyes antiguas que han quedado subsistentes, aun después de la publicación del Código, son bastantes en número, reconociendo algunas la fuerza de su subsistencia por declaración explícita y otras no, pues si bien el artículo que examinamos dice que sólo deja de ser aplicable la disposición del mismo á las leyes que en el Código se declaren subsistentes, hemos dicho ya que no es en absoluto necesaria la expresa declaración de dicha subsistencia, existiendo varias de ellas en vigor, porque de determinados preceptos del Código resulta que pueden virtualmente considerarse no derogadas á pesar de que respecto de éstas no exista ningún precepto terminante y explícito en dicho sentido. De las leyes anteriores vigentes, unas pertenecen al orden civil sustantivo, otras al procesal, otras al canónico y otras al administrativo, si bien sus preceptos afectan á las relaciones jurídicas del derecho común civil.

Se encuentran en el primero de los casos antes citados y subsisten, por lo tanto, por declaración expresa del Código:

1.º Todas las legislaciones forales en las provincias y territorios en que regía el Derecho foral á la publicación del nuevo Cuerpo legal, en los términos expuestos en el art. 12 del mismo.

2.º Todas las disposiciones legales, estatutos y reglas fundacionales que regulan la capacidad civil de las corporaciones, asociaciones y fundaciones respectivamente, según se declara en el art. 37.

3.º El Concordato y demás leyes concordadas con la Iglesia para los efectos determinados en el art. 38.

4.º Las leyes especiales por las que se rijan los establecimientos de instrucción y beneficencia, según expresa declaración del párrafo segundo del citado art. 38.

5.º El Concilio de Trento y las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas como leyes del Reino en cuanto á los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico, como se previene en el art. 75.

6.º La ley del Registro civil, la cual continúa rigiendo con

arreglo al precepto del art. 332, en cuanto no esté modificado por los anteriores al mismo correspondientes al tít. 12, libro 1.º del Código.

7.º La ley especial por las que se rigen los bienes del Patrimonio Real, conforme á lo dispuesto en el art. 342 del mismo.

8.º La ley de Aguas, declarada subsistente en los artículos 425, 563 y otros de dicho Código.

9.º La ley de Minas, según el art. 427.

10. La ley de propiedad intelectual con arreglo al art. 429.

11. Las leyes y reglamentos especiales que determinan las servidumbres establecidas por utilidad pública y comunal, como se declara en el art. 550.

12. Las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales de policía urbana ó rural á que se refiere el art. 551, en cuanto á las servidumbres impuestas en interés de los particulares ó por causa de utilidad privada.

13. Las ordenanzas y reglamentos referentes á las servidumbres legales de paso para ganados, estando reconocida la subsistencia de dichas ordenanzas y reglamentos por el art. 570.

14. Las ordenanzas y usos locales sobre medianerías según el art. 571.

15. Las leyes, ordenanzas y reglamentos que determinan los requisitos necesarios para edificar y hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes ó fortalezas á que se contrae el artículo 589.

16. Los reglamentos y ordenanzas locales que marcan la distancia que debe guardarse en ciertas construcciones ó plantaciones, según los artículos 590 y 591.

17. Las leyes administrativas sobre comunidad de pastos en terrenos públicos, las cuales deben ser aplicadas conforme al art. 601.

18. La ley Hipotecaria, declarada subsistente en los términos que expresan los artículos 608, 1537 y 1880 del Código.

19. Las leyes especiales de Caza y Pesca, según el art. 611.

20. Las leyes especiales que determinan los derechos sobre

los objetos arrojados al mar ó sobre los que las olas arrojen, así como sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera, como se establece en el art. 617.

21. Los reglamentos de los Montes de Piedad y Cajas de ahorros, con arreglo á los artículos 1109 y 1873.

22. La ley Notarial, conforme al art. 1217.

23. La ley de Expropiación forzosa, según el art. 1456.

24. Las leyes y reglamentos especiales referentes al arrendamiento de servicios de criados, citados en el art. 1585.

25. Las leyes y reglamentos especiales relativos á los transportes por agua y tierra dejados á salvo en el art. 1603.

26. Los reglamentos sobre establecimientos de préstamos sobre prendas, con arreglo al art. 1757.

27. Las leyes que establezcan el depósito necesario hecho en cumplimiento de una obligación legal según el art. 1782.

28. La ley de Enjuiciamiento civil cuya subsistencia se encuentra reconocida en varios artículos del Código, hallándose además declarado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Marzo de 1901, que el art. 1976 del citado Código no afecta de modo alguno, en términos generales y en el aspecto procesal, á la fuerza y vigor de la ley de Enjuiciamiento civil, que por ser de tal carácter adjetivo, quedó subsistente, y rige no obstante aquélla disposición.

29. El Código de Comercio, cuya subsistencia se halla también reconocida en diversos artículos del Código.

Tiene también declarado el mismo Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Marzo de 1897, relacionada con el precepto del art. 617, que la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880 no ha sido derogada por el Código civil.

Se hallan en el segundo caso, y subsisten en su consecuencia, sin que el Código explícitamente declare su subsistencia.

1.º Todas las leyes que regulan materias que no son objeto del mismo, cuya regla es consecuencia lógica de los términos en que se halla concebido el art. 1976, toda vez que, según ellos, la derogación en él establecida se refiere tan sólo á las

leyes, usos y costumbres existentes antes relativas á las materias reguladas en el Código, y por lo tanto, quedan fuera de dicha derogación las que versen sobre objeto distinto.

2.º La ley de propiedad industrial y su reglamento.

3.º Los reglamentos vigentes dictados para la ejecución de las leyes cuya subsistencia se declara expresamente en el Código.

4.º Las disposiciones complementarias ó aclaratorias de dichas leyes.

Pero tanto las disposiciones legales declaradas subsistentes por el Código de una manera expresa, como las que subsisten si esa expresa declaración, han de entenderse tan sólo en vigor en cuanto no se halle regulado especialmente por dicho Cuerpo legal, pues desde el momento en que exista disposición en él, han de aplicarse sus disposiciones y no las de las leyes mandadas tener como subsistentes.

Disposiciones transitorias.

I. *Necesidad de su expresa consignación en el Código.*—En la primitiva edición del Código no se estableció precepto alguno que regulase el paso de la antigua legislación á la nueva, de modo que, sin dar efecto retroactivo á ésta, quedaran á salvo todos los derechos legítimamente adquiridos bajo el anterior régimen jurídico; y por toda regla de derecho transitorio, se declaró en el segundo apartado de su último artículo el mismo principio consignado después en el párrafo inicial de las disposiciones que nos corresponden examinar ahora, ó sea que las variaciones introducidas en el Código que perjudicasen derechos adquiridos, según la antigua legislación, no tendrian efecto retroactivo. Pero bien pronto se sintió la necesidad de suplir dicha deficiencia, pues aunque se agregaron á las disposiciones especiales del Código las adicionales que de él forman parte, éstas no bastaban para dar solución á las dudas que necesariamente había de motivar

la implantación y aplicación de la ley nueva, imponiéndose dicha necesidad á la comisión encargada de llevar á efecto la revisión y nueva edición de dicho Cuerpo legal, ordenada por la ley de 26 de Mayo de 1889, pues, en efecto, no bastaba consignar la regla antes indicada para procurar el amparo de los derechos adquiridos, toda vez que la determinación de dichos derechos y su concepto jurídico es uno de los problemas de la ciencia de la legislación más difíciles de resolver.

Relaciónase esta cuestión con la tan discutida entre los tratadistas acerca de la *autoridad absoluta* de la ley nueva y de la antigua: materia sabiamente tratada por Fiore, Gabba y otros no menos distinguidos autores, sin que todavía haya podido llegarse á una unánime opinión dentro de la buena doctrina jurídica; pues si bien en principios, ó en el terreno puramente especulativo, puede reconocerse como evidente la regla de que la autoridad de la ley es absoluta como consecuencia natural de la soberanía y de la potestad del legislador que la establece, y que en su consecuencia, cumplidas las condiciones precisas para su vigencia, abroga para en adelante y en lo sucesivo la ley nueva á la antigua, preciso es reconocer que dicha regla tiene sus justos límites impuestos por el respeto á los derechos adquiridos, no sólo por el *principal* creado, sino también por el que los autores llaman *accesorio,* que se considera adquirido con aquél para hacerle valer, y que es consecuencia legal de la ley y de la norma jurídica vigente en el momento en que el derecho principal fué individualmente creado.

Los autores se han ocupado generalmente de estas cuestiones desde el punto de vista de la irretroactividad ó de la retroactividad posible de las leyes, y aun algunos han pretendido establecer como teoría general la de la absoluta irretroactividad, según la que, ninguna ley debe tener fuerza retroactiva, porque cada una de ellas tiene autoridad absoluta *dentro de su peculiar imperio,* ó sea sobre las relaciones jurídicas establecidas, nacidas ó formadas mientras estuviere en vigor. Mas desde luego se comprende el error á que conducen los absolutos términos de dicha

regla, porque si bien es cierto que la ley nueva es impotente para cambiar el pasado, como los citados autores dicen, ó para reducir á la nada los derechos creados al amparo de una ley anterior, puede, sin embargo, proveer para el porvenir, porque nadie adquiere derecho alguno para impedir al legislador la adopción de nuevas normas jurídicas para la vida civil en cuanto á las relaciones entre los particulares.

Á este propósito, ha dicho Fiore en su obra sobre la irretroactividad é interpretación de las leyes, obra llena de ciencia jurídica, que «todo individuo puede ejercitar la libertad civil, ó los derechos creados, según la ley vigente; pero no puede adquirir el derecho de ejercerlos siempre de la misma manera». «Sería una pretensión verdaderamente extraña, añade dicho autor, el querer considerar la simple falta de una disposición legislativa como el principio de un derecho accesorio individualmente adquirido, y aducir que por tener adquirido un derecho mientras regía una ley que no limitaba la libertad, en cuanto á su goce y ejercicio, se pudiera tener así adquirido el derecho accesorio de no reconocer y someterse á las ulteriores limitaciones que pudieran ser ordenadas por una ley posterior. Esta sería una extraña pretensión, repito, porque conduciría á atribuir al individuo el derecho de impedir los progresos del sistema jurídico y de desconocer el poder que tiene el legislador de proveer á las necesidades de la sociedad, creando nuevas instituciones jurídicas en armonía con las mismas».

Hemos reproducido íntegramente este importante párrafo, porque en él se condensa todo el fundamanto y alcance de la doctrina de la retroactividad relativa que pueden tener en determinados casos las leyes, pues, en efecto, por respetables que sean los derechos creados durante el imperio de una ley, nadie puede pretender la inmanencia de las normas jurídicas que rijan el ejercicio del derecho principal creado y la adquisición de los derechos accesorios dependientes del mismo y relativos á su ejercicio.

Sintetizando la teoría en brevísima fórmula, podemos decir

que *el interés privado no puede sobreponerse al interés social en la política de la legislación, y por consiguiente, hay que reconocer al legislador la potestad absoluta de armonizar los preceptos de la ley con las necesidades de la sociedad*. Y no puede dejar de ser así, porque como ha dicho un autor, la «transformación progresiva de la legislación de cada Estado es condición precisa de la vida del Derecho positivo, el cual debe ser la más exacta expresión de las necesidades sociales, teniendo en cuenta el estado de cultura y las circunstancias históricas en que el pueblo se encuentre».

En efecto: el Derecho positivo, en cuanto rige las relaciones jurídicas privadas, sigue las constantes leyes de desarrollo y progreso de la actividad humana, y, en su virtud, se desenvuelve bajo la influencia de las circunstancias de lugar y tiempo, de donde se deduce que las leyes, siguiendo dicho desarrollo, deben ser objeto de necesarias innovaciones para poner en relación las exigencias de la justicia natural, base y fundamento de toda legislación, con las nuevas necesidades y los nuevos intereses creados en el curso de la vida social.

Consecuencia de la evolución progresiva del Derecho positivo, es el interés que entraña el estudio de las teorías de la retroactividad é irretroactividad de las leyes, pues de las indicaciones que preceden resulta evidenciada la necesidad de que, en determinados casos, pueda ser aplicada la ley nueva á regular las relaciones jurídicas creadas con anterioridad á su vigencia, y en otros, por el contrario, debe mantenerse con dicho objeto el absoluto imperio de la antigua.

La determinación de los principios y de las reglas que fijen los límites dentro de los que deban ejercer su autoridad y *su mandato* la ley antigua ó la ley nueva, ó que regulen los casos en que debe cesar el imperio de la primera y comenzar el de la segunda, así como aquellos en que subsiste la autoridad de la ley antigua, á pesar de estar en vigor la nueva, es lo que constituye la materia propia del derecho llamado transitorio, cuya importancia hemos de exponer más adelante, por cuyo motivo no in-

sistimos en estas indicaciones, pues á nuestro propósito basta lo expuesto, para demostrar la necesidad en que el legislador se hallaba de consignar las disposiciones transitorias que en el Código se establecen á continuación de su articulado: necesidad que está fuera de toda discusión posible en cuanto al fondo, aunque no en la forma, pues en los períodos de transición entre el derecho antiguo y el nuevo, las dudas son muchas y era, por lo tanto, indispensable la determinación de los límites dentro de los que había de ejercer su *imperio*, su *mandato* ó su autoridad cada una de dichas legislaciones.

Para ello, dos medios ó dos sistemas se ofrecían: uno hacer una ley separada, como en Italia y otros países, que regulara el tránsito de una á otra legislación; y otro consignar en el mismo Código, como complemento ó adición de su articulado, las reglas necesarias para la debida aplicación de las nuevas disposiciones á los actos jurídicos anteriores en aquellos puntos en que el derecho antiguo hubiere sido modificado por el nuevamente constituído.

De esos dos sistemas que se ofrecían á la consideración de la Comisión redactora de la nueva edición del Código, hubo de optarse por el segundo, aunque tal vez hubiera sido preferible el primero, porque dicha comisión no se creyó autorizada para hacer otra cosa, dados los términos de la obra que se le había confiado; pero aun dentro de dicho sistema podían seguirse dos procedimientos distintos, consistente el primero en señalar minuciosamente todas aquellas variaciones introducidas, determinando en cada caso la aplicación del derecho correspondiente, y el segundo en establecer reglas generales aplicables á todos los casos que pudieran ocurrir.

El procedimiento que en primer lugar hemos indicado, había de adolecer, necesariamente, de un defecto capital, inevitable, cual es el casuismo indefinido á que necesariamente había de dar lugar, aparte del peligro de su deficiencia, por la imposibilidad de recoger en fórmulas precisas todos los casos que debieran ser objeto de sus prescripciones: el segundo responde

ría mejor á su objeto; pero sobre ser de difícil ejecución, no hubiera dado un resultado tan completo y comprensivo que excluyese en absoluto la necesidad de reglas especiales para casos determinados. Y ante esta dualidad de procedimientos, la Comisión dudó en consideración á los defectos inevitables de uno y otro, concluyendo por desecharlos, y, en su lugar, adoptó uno intermedio que no consistiera en la mera enunciación de los casos en que hubiera de aplicarse una legislación ú otra ni tampoco constituyera una determinación puramente doctrinal.

Para ello estableció una disposición general y 13 reglas especiales que le sirven de complemento, las cuales pueden dividirse en tres grupos en razón á la peculiar extensión y condición de sus respectivos preceptos, pues en unas tienen carácter general, en otras, por el contrario, es especial, y por último, hay otras que podríamos llamar mixtas, por contener disposiciones de carácter general y especial á la vez.

Al primero de dichos grupos pertenecen la 1.ª, 3.ª, 4.ª y 13.ª; al segundo la 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10.ª, 11.ª y 12.ª; y al tercero, corresponde tan sólo la 2.ª, la cual, en su primera parte, es de carácter general, y en la segunda se concreta á la revocación ó modificación de los actos á que en la anterior se refiere ó de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellas, estableciendo la norma especial que ha de regir en dicho caso.

No siempre se ha seguido este mismo criterio, el cual ha sido objeto de censuras por no haberse establecido un sistema fijo y absoluto; pero la experiencia ha demostrado suficientemente las dificultades que en la práctica ha producido el empeño de someter á una regla uniforme ó á un criterio rigorista é invariable, todas las cuestiones que el derecho transitorio pueda ofrecer. Por eso se prefirió desenvolver las doctrinas más comunmente admitidas en algunas disposiciones generales y en una serie de reglas concretas que pudieran ofrecer solución á los casos más frecuentes y servir de criterio en todos los análogos. He aquí la razón á que obedece las que son objeto de nuestro actual es-

tudio, y con lo expuesto, justificada queda la necesidad de su consignación en el Código.

II. *Importancia de las disposiciones transitorias.*—Casi todos los Códigos, inspirándose en el principio romano de que *las leyes se dan para los negocios futuros y no para revocar los hechos pasados* (1), han aceptado el criterio de la no retroactividad, como veremos más adelante; pero esta teoría no debe entenderse tan en absoluto que no pueda extender su imperio en ningún caso la ley nueva sobre las relaciones jurídicas creadas con anterioridad. En las consideraciones precedentes hemos demostrado lo contrario, y, según ellas, el problema de la autoridad de la ley nueva sobre dichas relaciones jurídicas puede revestir distintos aspectos dentro del terreno puramente especulativo, según que se considere aplicable el principio de la soberanía de la misma á todos los actos realizados antes de su promulgación, ó sólo en determinados casos y por especialísimas razones, para no violentar los principios de la justicia y de la equidad.

Pero no hemos de discutir ampliamente este problema, por no ser necesario á nuestro propósito, pues ya hemos dicho que, aun elevado á regla, ó á precepto de ley positiva, el principio de la irretroactividad, como sucede en los Códigos de Francia, Italia, Bélgica y Austria, no puede negar dicho principio la potestad del legislador para dar efecto retroactivo á ciertas disposiciones emanadas del mismo.

La ley, una vez sancionada y publicada, extiende su autoridad sobre todos los hechos jurídicos sometidos á su imperio; pero por consecuencia del incesante y progresivo desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas que constituyen la vida civil de los pueblos, y del inevitable cambio de la legislación de cada país, por tal motivo producido, puede suceder, y con frecuencia ocurre, que las circunstancias del hecho que dió orígen á determinadas relaciones jurídicas hayan comenzado á existir estando

(1) Véase ley 7.ª, *Cod. de legibus.*

en vigor una ley y que sea otra la vigente cuando haya de juzgarse sobre la eficacia de las mismas ó sobre sus consecuencias en el orden del derecho. Entonces surge la duda propia de todo período de transición; y esto, que ocurre siempre cuando se reforma una legislación cualquiera, tiene mayor importancia cuando la ley nueva que modifica el derecho antiguo tiene por objeto las relaciones de orden pura ó exclusivamente civil por el especial y amplio carácter de las mismas, creándose por el tránsito de una á otra legislación un estado anormal, transitorio y de evolución, durante el que vienen á quedar vigentes ambas: la antigua para los actos realizados bajo su imperio, así como para los derechos creados por los mismos, y la nueva para los que se produzcan ó se constituyan en lo sucesivo.

El conjunto de reglas encaminadas á determinar entre esas dos legislaciones cuál deba ser la aplicable en cada caso, es lo que constituye el llamado derecho *transitorio*.

Su importancia es indiscutible y no hay necesidad de encarecerla, pues basta para comprenderla tener en cuenta su objeto; y buena prueba de dicha importancia es el especial interés con que es estudiada esta materia por los más autorizados tratadistas. Gabba, Merlin, Chabot, Savigny, Weber y otros eminentes jurisconsultos han publicado, en efecto, notables trabajos sobre ella; y esa importancia aumenta á medida que el tiempo avanza, por ser más frecuentes las reformas legislativas por las nuevas necesidades sociales. Y si siempre tiene esa indudable importancia el derecho transitorio en general, no se puede dejar de reconocerla igualmente en las disposiciones de que nos ocupamos, en las cuales se fija la norma para determinar la legislación aplicable en cada caso, y el criterio positivo por el que se determinan los principios reguladores de los derechos adquiridos, dando solución á las dudas que pudieran suscitarse, y evitando los conflictos y litigios que en otro caso pudieran originarse.

Esto explica el interés grandísimo que tiene el estudio de las presentes disposiciones transitorias, á cuyo interés procurare-

mos corresponder en su comentario, si bien con la brevedad que las circunstancias nos imponen.

III. *Sistema seguido por nuestro Código en cuanto á las disposiciones de derecho transitorio.* — Desde que el Código Napoleón consignó el principio de que la ley no dispone más que para el porvenir, y no tiene en absoluto efecto retroactivo, todos los Códigos han elevado á precepto dicha máxima con la misma extensión, y con términos más ó menos semejantes. Así sucede en el italiano, en el austriaco y en algunos otros, en los cuales claramente se establece que las leyes no *influyen sobre actos anteriores ni sobre derechos precedentemente adquiridos*, como expresa el citado Código austriaco; pero al sancionar de ese modo la teoría de la irretroactividad de la ley nueva han dejado, en su mayor parte, á una ley especial la regulación del paso de una á otra legislación al reformarse el derecho civil de dichos Estados. Nuestro Código no pudo hacer lo mismo, por la razón antes indicada de los términos reducidos y concretos de la misión conferida á los redactores del mismo en la ley de Bases, y tuvo por necesidad que seguir criterio distinto, adoptando un sistema mixto, en el que, después de establecer un principio de aplicación en la generalidad de los casos, se consignan una serie de reglas especiales para dar solución á las distintas peculiares aplicaciones del mismo.

Dado este sistema, lo primero que había que resolver era determinar los derechos que quedaban al amparo de la legislación antigua y cuáles debían ser sometidos á los preceptos de la ley nueva, y la previa determinación de ese principio de derecho transitorio es el objeto regla preliminar de las presentes disposiciones transitorias, cuyo precepto constituye la regla general en la materia, mediante la cual han de resolverse los conflictos á que puede dar origen la falta de armonía entre las prescripciones del derecho antiguo y las del Código, y una vez fijada dicha regla general, el Código consigna á continuación otras trece especiales, en las que se establecen las normas de derecho transitorio más convenientes para la debida aplicación de la legisla-

ción correspondiente en cada uno de los casos no comprendidos en aquélla. Y como á pesar del cuidado de los autores del Código pudiera haber escapado á la consideración de los mismos alguno de dichos casos, se establece en la última de las reglas citadas un precepto supletorio que ha de servir para dar solución á dicha dificultad en aquellos que no estén comprendidos, en la regla general consignada en la disposición preliminar con que se encabeza la reglamentación de las mismas.

Con estas indicaciones podemos pasar ya al examen de cada una de las disposiciones mencionadas:

Disposición preliminar.

Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.

Para aplicar la legislación que corresponda, en los casos que no están expresamente determinados en el Código, se observarán las reglas siguientes:

En el párrafo 1.° de esta disposición preliminar se comprende la regla general establecida para resolver, en primer término, todas las cuestiones de derecho transitorio que puedan suscitarse con motivo de la aplicación de la ley nueva á los actos jurídicos realizados y á los derechos creados con anterioridad á la publicación de la misma. Por dicha regla, como en la generalidad de las legislaciones extranjeras, se dejan á salvo los *derechos adquiridos* privando de efecto retroactivo, en cuanto á ellos, á los preceptos de la nueva legislación, y aunque esta disposición parece clara y sencilla, requiere, sin embargo, detenida explicación, porque como hemos indicado anteriormente, constituye uno de los problemas más difíciles de las ciencias jurídicas la determinación del concepto de los derechos adquiridos.

Por la regla indicada, queda tan sólo fuera de la ley nueva el derecho individualmente obtenido en virtud de una disposi-

ción del derecho constituído antes de la vigencia del nuevo Cuerpo legal. No ha podido ser otro el pensamiento ni el propósito del legislador, puesto que las leyes no se dictan para los hechos pasados, ó *no influyen sobre los actos anteriores* como dice el código austriaco; pero si el derecho, que es el resultado final de la ley, según Fiore, no hubiere aún nacido á la publicación del Código, habrá de subordinarse su adquisición á las disposiciones de éste porque solamente los derechos *adquiridos* son los únicos que están libres de las variaciones introducidas por él.

El fundamento de esta teoría se halla en la consideración ya apuntada antes de que, si bien el legislador es omnipotente para transformar ó suprimir las instituciones jurídicas existentes, pudiendo introducir en ellas sustanciales innovaciones que modifiquen las reglas que rijan los derechos derivados de las mismas, ó sometan á nuevas condiciones la conservacion ó la eficacia de tales derechos, dicha potestad del legislador tiene un límite cierto y concedido, cual es el respeto al derecho ya creado, porque formando parte del patrimonio moral ó material de las personas el derecho individualmente adquirido, no puede privarse á éstas de los efectos de tal derecho, sin inferirles un daño ó un perjuicio que toda ley debe evitar.

De esta consideración se deduce, como conclusión lógica y precisa, que el imperio, el mandato y la autoridad de la ley nueva están limitados á regular los derechos que todavía no hubiesen sido adquiridos en el momento de ser publicada la misma. Pero esta teoría, tan segura en el terreno de los principios como sencilla en su exposición, ha venido á convertirse después en una doctrina insegura, vaga é incierta á causa de la diversidad de opiniones sustentadas acerca de la noción y de los elementos del derecho adquirido.

Los autores, en efecto, no están de acuerdo en la definición del derecho adquirido. Chavot, por ejemplo, dice que es «aquél que es irrevocablemente conferido ó definitivamente adquirido antes del hecho, del acto ó de la ley que se oponga ó impida el pleno goce de dicho derecho». Merlin, á su vez, los define dicien-

do «que son aquéllos que han entrado en nuestro dominio, que forman parte de nosotros y que no pueden sernos quitados por aquél cuyo derecho provenga de nosotros». Gabba, propone otra definición concebida en los siguientes términos: «Es adquirido todo derecho que entró inmediatamente á formar parte del patrimonio de quien le había adquirido, á consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo en virtud de la ley del tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de una ley nueva relativa al mismo, y por términos de la ley bajo cuyo imperio se llevara á cabo.» Savigny, lo ha definido mejor y más claramente, diciendo que «es el derecho fundado sobre un hecho jurídico acaecido, pero que todavía no se ha hecho valer». Fiore, entiende que el derecho adquirido «es el *derecho perfecto,* ó sea aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado ó por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor, para atribuir dicho derecho, pero que no fué consumado enteramente antes de haber comenzado á estar en vigor la ley nueva». Bianchi, tratando de determinar la definición de Merlin, establece algunas bases para decidir cuando un derecho debe ser reputado verdaderamente nuestro, perteneciendo á nuestra persona y formando parte de nuestro patrimonio, de modo que no podamos ser desposeídos de él, opinando que los caracteres fundamentales de todo derecho adquirido son: 1.º La irrevocabilidad del título, ó sea de la causa generadora del derecho; y 2.º El concurso de la voluntad en el título y en la causa generatriz del derecho.

Otras varias definiciones pudiéramos apuntar derivadas de las teorías sostenidas por Lasalle, Reinhart, Duvergier, Toullier, Bergman, Pacifici Mazzoni y otros varios, pero bastan las expuestas para que se comprenda el desacuerdo que existe en la doctrina en cuanto á este punto.

Según resulta de los términos de las mismas, ninguna de dichas definiciones es exacta por la falta de un criterio acertado respecto á los elementos integrantes del derecho adquirido, y á

los varios aspectos bajo los cuales puede nacer. Las de Chavot y Merlin resultan inexactas, en cuanto consideran como elemento constitutivo del derecho adquirido la *irrevocabilidad* del mismo, la cual no es condición necesaria de dicho derecho, puesto que puede adquirirse sin ella como sucede con los derechos del donatario sobre la cosa donada, los cuales son puramente revocables, y, sin embargo, no por eso dejan de ser eficazmente adquiridos. Además, la definición de Merlin adolece del defecto de ser demasiado vaga é indeterminada y general. Del mismo modo resultan inexactas las demás definiciones que hemos indicado, unas por deficientes al referirse sólo á los derechos nacidos de los actos humanos prescindiendo de los que son obra de la ley, de la cual se derivan algunos directa é inmediatamente sin necesidad del concurso de la voluntad, como, por ejemplo, los del estado civil; y otras lo son igualmente por otros defectos no menos sustanciales.

Ahora bien: en esta importantísima divergencia de la doctrina, ¿cuál es el criterio que debe servir para determinar el concepto de los derechos adquiridos á que se refiere la regla general que examinamos, y qué es lo que debemos entender por ellos? El Código no lo dice por estimar que esta materia debía quedar sometida á los principios generales del derecho, y, por su parte, la comisión redactora de la edición vigente de la nueva edición del Código, según propia declaración de la misma, hecha en la exposición de motivos que la precede, consideró peligrosa la definición abstracta de dichos derechos y prefirió desenvolver la doctrina en algunas reglas generales, seguidas de unas cuantas reglas concretas que en determinados casos particulares fijaran el criterio que hubiera de servir de norma en todos los análogos.

De este modo quiso ahorrarse la ley una definición difícil, sino imposible por la dificultad de comprender en ella todas las circunstancias legales que puedan dar lugar á la génesis y elaboración del derecho creado y todos los elementos constitutivos de mismo. Pero no basta decir, como dice el Código en el precepto

que examinamos, que las variaciones introducidas por el Código en el derecho anterior, no perjudicaran á los derechos adquiridos, ó que las disposiciones correspondientes no tendrán efecto retroactivo, pues en tanto no se concrete el verdadero y exacto concepto de dicha clase de derechos, imposible será resolver las cuestiones de derecho transitorio que necesariamente hubo de producir el planteamiento del nuevo cuerpo legal, y la aplicación de sus disposiciones á los actos jurídicos anteriores. Por eso no podemos prescindir de hacer una brevísima indicación acerca de ello, sumamente ligera, ya que en otro caso habría de exigir el desarrollo completo de dicha materia una extensión incompatible con el corto espacio que para ello disponemos.

Como ha dicho Fiore, todo derecho concreto y determinado encuentra su fundamento en un hecho y en la ley ó norma jurídica, vigente á la sazón, y mediante el ejercicio de ese derecho en las condiciones establecidas para ello, ó cuando el sujeto de derecho se encuentra en las circunstancias determinadas por la ley, se individualiza el derecho nacido por alguno de dichos medios, y forma parte de nuestro patrimonio cuando completa ó íntegramente se han cumplido los requisitos todos exigidos para dicho fin, estando en vigor la ley, de la que se pretenda derivar dicho derecho. De esta indicación se deduce que el derecho creado al amparo de una ley, cuya adquisición definitivamente se hubiere consumado, no puede estar sometido á las alteraciones de la ley nueva, la cual necesariamente ha de respetarlo como parte que es de nuestro personal patrimonio.

En su virtud, debemos entender por derecho adquirido aquel cuya existencia, efectividad y extensión no depende de eventualidades extrañas á la voluntad del que lo posee, pues, de lo contrario, dependiendo la consumación del derecho de la realización de dichas eventualidades, no se tendrá antes de ella un verdadero derecho adquirido, sino una justa expectativa, ó una mera esperanza. Así es que los herederos legitimos, y lo mismo los instituídos en testamento y los legatarios, no tienen ningún derecho adquirido hasta la muerte del causante, pues la existencia

del que entonces podrán disfrutar depende de una porción de circunstancias que pueden hacer ineficaz la justa expectativa que puede determinar su cualidad de heredero legítimo ó de instituído en el testamento, como son la eventualidad de su propio fallecimiento antes de abrirse la sucesión, la de la pérdida de la fortuna del causante ó el cambio de voluntad por parte del mismo.

Sin embargo, no es indispensable que el derecho haya sido consumado para que surta dichos efectos, pues basta que haya nacido; basta la sola realización del hecho engendrador del derecho, ó que un hecho jurídico determinado haya producido una relación ó vínculo de derecho para que se regule por la legislación anterior, aun en el caso de que el derecho se encuentre todavía en ejercicio. En efecto, en buenos principios de derecho transitorio, no es condición indispensable para que se considere como *pasada para los efectos de la ley nueva* una relación jurídica, que sea anterior su consumación á la época en que fuere declarada vigente dicha ley; y todos los autores están conformes en que ciertas relaciones jurídicas que son efectos legales y consecuencias de un hecho anterior, aunque se desenvuelvan después de haberse puesto en vigor la ley nueva, deben estimarse como pasadas respecto á ésta, y no pueden en tal concepto subordinarse á sus disposiciones.

Así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Abril de 1891, recaída en autos en que se discutía si una mujer casada, cuando estaba en vigor la legislación antigua, tenía ó no derecho á reclamar *litis expensas* á su esposo, para litigar con él en pleito de divorcio promovido después de la publicación del Código civil, y resolviendo dicho Tribunal la cuestión, en conformidad con las ideas expuestas, estableció la doctrina de que celebrado el matrimonio con anterioridad al nuevo Cuerpo legal, han de regirse por las leyes anteriores los derechos y acciones que de aquel hecho nazcan, en cuya virtud se reconoció á la mujer citada el de obtener las litis expensas reclamadas por ella.

El mismo Tribunal, en sentencia de 8 de Noviembre de 1893, insistiendo en la propia doctrina, declaró que «para el ejercicio de los derechos de legitimación, en relación con la herencia del padre, no obsta, en el caso de haberse abierto la sucesión bajo el régimen legal establecido por el Código civil, lo dispuesto en los arts. 844 y 837 del mismo, según los que están equiparados á los hijos naturales, en cuanto á su legítima, los legitimados por autorización real, señalándose al cónyuge viudo, en concurrencia con ellos, una cuota usufructuaria de la unidad de la herencia, si la legitimación se llevó á efecto antes de la publicación de dicho Código; porque la aplicación de esas prescripciones derogatorias de la antigua legislación, respecto al derecho hereditario de tales hijos, implicaría el desconocimiento de la condición y capacidad jurídica que les correspondiera con arreglo á las leyes de Partida, y no pueden tener virtualidad y efecto retroactivo, conforme á las reglas 1.ª y 4.ª de las disposiciones transitorias del Código, toda vez que el hecho generador del derecho se realiza con la legitimación, y, por lo tanto, su derecho á la condición de hijos legítimos arranca, en el caso presente, de la legislación precedente al Código, y los que éste declara por primera vez en favor del cónyuge superviviente en concurrencia con los hijos naturales, legitimados ó ilegítimos, sólo son estimables en cuanto no perjudiquen otro derecho legítimamente adquirido por leyes anteriores». Otras sentencias, pudiéramos citar que consignan la misma doctrina, aunque con ocasión ó motivo diferente, como sucede, por ejemplo, con la de 20 de Diciembre del citado año 1892, de que más adelante nos ocuparemos.

De estas sentencias puede deducirse están en un error aquellos autores que estiman como única y exclusiva razón para determinar la ley aplicable en cada caso, el momento en que hubieren tenido lugar los actos ó circunstancias que determinen directa é inmediatamente el derecho, ó los efectos jurídicos ejercitados, pues de las indicaciones que quedan expuestas y de la jurisprudencia que hemos citado, resulta que hay que apreciar

con criterio distinto los principios generales que determinan lo que cae bajo el imperio de cada ley, y que, para dicho efecto, hay que atender, no al tiempo de producirse las eventualidades ó consecuencias jurídicas de una relación de derecho determinada, sino á la fecha en que se realizara el hecho productor del derecho de que se trate, ya origine inmediatamente ó desde luego dicho derecho de un modo completo quedando ultimado y perfecto, ya haga depender su perfección de la influencia de elementos accidentales que hayan de tener lugar después de la publicación y vigencia de la ley nueva, y sólo en el caso de que en ésta se regulara ó reconociera por primera vez un derecho, sería cuando podría regir ésta siempre que con ello no se perjudicase ningún otro derecho adquirido. Preciso es confesar, sin embargo, que no siempre ha seguido igual criterio la jurisprudencia, y que la cuestión es tal vez la más esencial para la aplicación del derecho que en cada caso debe regir.

REGLA 1.ª

Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo ó no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido, de igual origen.

En el sistema adoptado por el Código, al establecer las disposiciones transitorias que examinamos, lo primero que tenía que resolverse, según tenemos ya dicho, era el punto de partida de los derechos ó de aplicación de las leyes á los diversos actos jurídicos, á fin de contar con una norma fija que sirviera de base para poder determinar en la generalidad de los casos cuáles de dichos actos habían de quedar al amparo de las antiguas leyes y los que por el contrario debieran ser sometidos á los pre-

ceptos de la ley nueva; y ese es el objeto de la primera de las reglas especiales derivadas de la general antes examinada en la disposición preliminar, las cuales han sido consignadas, por vía de disposiciones transitorias, para regular la aplicación debida de la legislación que corresponda regir, cada uno de los casos que no estén expresamente determinados en el Código.

Sanciónase nuevamente en ella el principio de la irretroactividad de las leyes consignado en el art. 3.º del Código, con arreglo á lo establecido en la base 27 de la ley de 11 de Mayo de 1888, y como todo derecho nace necesariamente de un hecho, ya voluntario, ya independiente de la voluntad humana, se atiende, para fijar el punto de partida indicado, á la fecha del hecho productor del derecho, ó que le sirve de fundamento, cuya fecha puede ser anterior ó posterior á la promulgación del nuevo Cuerpo legal, deduciéndose de esto que en el primer caso regirá el derecho antiguo, y en el segundo el nuevo, toda vez que, conforme tenemos indicado, la fecha del hecho de que nazca el derecho, es lo que ha de determinar la legislación que haya de aplicarse al mismo.

Por las indicaciones precedentes se comprenderá fácilmente que no es necesario que el derecho, originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior, haya sido ejercitado ya para que merezca el respeto debido á su efectividad y extensión, quedando fuera del dominio de la ley nueva en los términos que antes hemos indicado, pues si existía legítimamente según la legislación bajo la cual tuvo origen, dependiendo solamente de la voluntad del que lo poseyera el ponerlo ó no en ejercicio, entonces sería un derecho tan adquirido como el que hubiera producido ya, ó estuviera produciendo, todos sus debidos efectos.

Al llegar á este punto conviene llamar la atención sobre el cambio de términos que se observa en esta regla en relación con la disposición preliminar de las transitorias, en la cual se habla de derechos adquiridos y en la regla que examinamos de derechos nacidos, sin añadir concepto alguno que explique la razón de la diferencia. Sin embargo, no existe por eso la contradicción

que algunos han creído encontrar entre ambos preceptos. Por el contrario, la nueva expresión ó modificación expuesta, viene á aclarar el concepto de dichos derechos.

En la presente regla se establece una importantísima distinción entre los derechos nacidos de hechos realizados bajo el régimen legal constituído por la legislación anterior, y los que son declarados por primera vez en el Código.

Los primeros de ellos se regirán por las leyes bajo cuyo imperio se realizaron los hechos ó los actos jurídicos de que traigan origen, aunque el Código los regule de otro modo ó no los reconozca, pues la primera parte de dicha regla es una exacta aplicación del principio de la irretroactividad consignado en la disposición preliminar citada, y, por consiguiente, basta que un derecho existiera legítimamente al tiempo de ponerse en vigor el Código, ó que se haya adquirido, para que caiga de lleno bajo el régimen legal anterior, aunque no haya empezado todavía á ejercitarse como veremos al ocuparnos de la regla 4.ª

Pero la presente tiene una excepción importantísima, que es lo que constituye la segunda parte de la misma. Refiérese ésta á los derechos declarados por primera vez en el Código, y no reconocidos antes, los cuales quedan sujetos, por el contrario, desde luego y en absoluto á las disposiciones de éste, aunque los hechos tenidos como generadores de los mismos se verificaran estando vigente el derecho antiguo. Sin embargo, como ese derecho nuevamente reconocido y declarado, por consecuencia de actos ejecutados con anterioridad ó posterioridad á la publicación del Código, pudiera perjudicar á otro derecho ya adquirido con arreglo á la legislación anterior, se ha dejado á salvo esta eventualidad atendiendo á poderosas razones de justicia y de equidad, y en dicho caso no tendrá aplicación lo dispuesto en la citada regla por virtud de la consideración tenida en cuenta por el legislador, de que es más digno de respeto el que va á sufrir el daño con el perjuicio de su derecho, que el que habría de recibir el beneficio concedido por la ley nueva al reconocer el derecho antes no reconocido.

Consecuencia de los principios consignados en esta regla 1.ª, es que no podrá hacerse alteración en el estado legal de las madres viudas que hubieren contraído segundas nupcias antes de la publicación del Código, en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos en matrimonio ó matrimonios anteriores, pues si bien la legislación nueva priva de dicha potestad á la viuda que casare después, á no ser que su difunto marido, padre de los hijos menores de edad, la autorizara para ello, el goce de dicha potestad es un derecho reconocido á favor de las mismas por la legislación anterior, sin que la ley de Matrimonio en que se estableció lo condicionara en forma alguna ni hiciera depender su ejercicio y la subsistencia del mismo de la circunstancia de no contraer ulterior matrimonio las personas favorecidas con su concesión.

Pero por el contrario, si dichas viudas se casaran después de estar vigente el Código civil, perderían la patria potestad, como así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Diciembre de 1892, y la razón de ello es obvia porque el hecho originario del nuevo estado de derecho reconocido por primera vez en el Código, ó sea el de privación de dicha potestad, se realizaría después de puesto en vigor el nuevo Cuerpo legal, y quedaría, por lo tanto, sometido á la nueva legislación. Es decir, que, según se dice en dicha sentencia, lo que se condiciona por el art. 168 de este Código es el nuevo estado creado por el hecho del matrimonio, y como semejante condición depende completa y absolutamente de la realización voluntaria de un acto posterior á la publicación del Código civil, es evidente que al contraer nuevas nupcias las madres, viudas con anterioridad al mismo, lo hicieron sometidas ya á las prescripciones de la ley nueva, pues á la sazón sólo podía constituir derecho adquirido el reconocido por ley anterior al estado civil que se disfrutaba, no aquel condicionado en estado diferente.

Consecuencia del principio establecido en la regla objeto de nuestro examen actual, es también el que las incapacidades para

heredar, tanto las absolutas como las relativas, deberán calificarse con arreglo á la legislación vigente á la muerte del testador ó causante de la herencia, que es la en que se abre la sucesión, retrotrayéndose á dicha fecha la determinación de los derechos nacidos de la misma. Por igual razón y por idéntico motivo conservarán el beneficio de la restitución *in integrum* las personas que lo tuvieran por la legislación anterior, cuando el hecho que haya originado el perjuicio que deba repararse hubiera tenido lugar bajo aquel régimen, y sólo cuando hubiese ocurrido después deberán aplicarse las disposiciones del cap. 5.º, tít. 2.º, libro 4.º del Código, relativas á la rescisión de los contratos.

Haciendo aplicación de la regla establecida en la presente disposición transitoria, el Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 18 de Octubre de 1904, que *aun cuando fuera nueva* en nuestro derecho la obligación de depositar los valores de la dote (que no lo es, pues se hallaba establecida ya en la ley 29, título 11 de la Partida 4.ª), podría hacerse efectiva desde luego en dicho caso con arreglo á lo dispuesto en la primera de las reglas transitorias, por no perjudicar dicha obligación al único derecho que puede tener el marido en este punto, que es el de administrar y percibir los productos de los bienes dotales, con los que debe atender á las cargas del matrimonio.

Hállase declarado también por dicho Tribunal, en sentencia de 9 de Abril de 1904, de acuerdo con las razones que tenemos expuestas anteriormente, que «las condiciones que según el párrafo 2.º del art. 119 del Código deben concurrir en los hijos ilegítimos para ser reputados naturales, no afectan en pro ni en daño á los nacidos con anterioridad y sometidos consiguientemente á las requeridas por la ley 11 de Toro, cualquiera que sea la época del reconocimiento de tales hijos, porque siendo condiciones esenciales é inherentes á su propia personalidad, determinada por el momento del nacimiento, no es posible prescindir de ellas sin admitir y establecer una ficción contraria á la realidad y no autorizada por la ley, pues la regla 1.ª de las disposiciones transitorias del Código, si bien consiente dar efecto á los dere-

chos nuevos, en tanto en cuanto no perjudiquen á otros adquiridos, esto no puede entenderse de lo que constituye esencialmente la personalidad del sujeto desde el instante en que nace, por ser la que tiene que servir de base para la adquisición de otra clase de beneficios ó ventajas con el carácter de derechos, y hubiera sido menester, en consonancia con lo que preceptúa el art. 3.º del Código, que resolución tan transcendental como la de convertir en hijos naturales aquellos que no lo eran, ni podían serlo con arreglo á la legislación anterior, se hubiera consignado explícitamente, dadas las consecuencias que había de producir en las relaciones familiares y sociales».

También conviene tener en cuenta la sentencia de dicho Tribunal de 13 de Diciembre de 1905, en la que se ratificó la doctrina de que «para dar efecto retroactivo al Código civil, según la regla 1.ª transitoria del mismo, es preciso que el derecho declarado por primera vez no perjudique á otros adquiridos *de igual origen*.

De cuanto llevamos dicho resulta, como norma aplicable en general, que sólo pueden regir en los actos ó relaciones jurídicas posteriores á la publicación del Código, los preceptos del mismo que no afecten á la esencialidad de los derechos constituídos con anterioridad, y así se halla resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de Octubre de 1902.

Con relación al segundo de los preceptos comprendidos en la regla transitoria que examinamos, se ha suscitado una cuestión la cual fué resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Mayo de 1903. Como en dicha regla se da valor y eficacia, con arreglo á los preceptos del Código, á los derechos reconocidos ó declarados por primera vez en el mismo, derivados de actos anteriores á su vigencia, siempre que no perjudiquen á algún derecho adquirido de igual origen, se suscitó la duda de si sería eficaz el derecho que tuviera su origen en un hecho ocurrido antes de la publicación del Código civil, que fuera nulo con arreglo á la legislación antigua, y que la nueva le reconociera como válido.

Sometida dicha cuestión al Tribunal citado, en virtud de recurso de casación, interpuesto contra la sentencia denegatoria de la validez pretendida del acto engendrador del derecho controvertido, dictó la sentencia mencionada estableciendo en ella la doctrina siguiente:

1.º «Que el último precepto de la primera disposición transitoria del Código civil, no tiene el alcance que quería dársele, ó sea el de convertir en actos válidos y transcendentales los que eran nulos con arreglo á los preceptos bajo cuyo imperio se realizaron, cual lo demuestra y patentiza la segunda de dichas reglas al dar eficacia aun después de la publicación del Código á aquellos actos y contratos válidos según la ley anterior, excluyendo así todos los que no se encuentren en ese caso; y en su virtud, al hablar la regla al principio citada, de derechos que aparezcan por primera vez declarados en el Código se refiere, con evidencia, única y exclusivamente á los que se reconozcan de nuevo en favor de personas que reunan determinadas condiciones, aunque éstas se hayan cumplido antes de regir el Código, mientras no lesionen derechos ya adquiridos, siempre que no hayan sido creados por actos nulos, pues tales actos, por razón de nulidad, no pueden estimarse con vida real y legal para ningún efecto»; y

2.º «Que de un acto nulo, con arreglo á la legislación bajo cuyo imperio se realizó, no puede derivarse ningún derecho (aunque el Código le reconozca validez ó le admita en adelante), y mucho menos, no habiendo como no hay disposición reguladora del tránsito de una á otra legislación que autorice para entender que un acto nulo, y en su virtud sin eficacia ni realidad jurídica ó legal, deba adquirir, por ministerio de la ley nueva, una vida que antes no tenía, pues excepción de transcendencia tan grande y tan contraria al principio general, sobre la retroactividad, consignado en el art. 3.º del repetido Código civil, no cabe admitirla por mera interpretación, aun cuando se quiera conceder que los términos de la regla primera de las disposiciones transitorias se prestaran á ello, lo cual no resulta, atendida su letra y espíritu».

Entendemos que, después de tan terminantes declaraciones de la jurisprudencia, no es posible ya duda alguna sobre dicha cuestión, y por eso no insistimos en ella.

De la presente regla se derivan otras varias que han sido establecidas en el Código, aunque por vía de ejemplo algunas de ellas, como veremos en el sucesivo estudio de las mismas.

REGLA 2.ª

Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación ó modificación de estos actos ó de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.

La primera disposición contenida en esta regla, es consecuencia inmediata de la anterior, cuyo precepto aclara facilitando su inteligencia y sirviéndole de complemento.

Como hemos dicho en otro lugar, explicando el sistema seguido por nuestro Código al establecer las disposiciones transitorias, la regla que ahora examinamos tiene un carácter mixto, pues consta de dos preceptos ó partes distintas: una de carácter general, y otra especial.

En la primera de ellas, se rinde tributo al principio de la irretroactividad, reconociendo la validez de los hechos realizados bajo el amparo de la anterior legislación, y en la segunda se su-

jeta con suma lógica á las formalidades determinadas en la nueva ley civil, la revocación ó modificación de tales hechos, llevadas á cabo después de estar vigente dicha ley, fundándose esta disposición para ello, en que esos actos de revocación ó modificación tienen lugar rigiendo ya el Código.

La primera de dichas disposiciones, es la que tiene carácter general y constituye un principio de justicia que se deriva de la razón fundamental de la no retroactividad de las leyes, consignada como precepto positivo de nuestro derecho vigente en el art. 3.º del nuevo Cuerpo legal, y antes que en él en las leyes 15 del tít. 14 de la Partida 3.ª, y 13 del tít. 17 del libro 10 de la Novísima Recopilación, viniendo á ser su precepto una afirmación aclaratoria de los principios consignados anteriormente, en cuanto se declara en él que los actos y contratos celebrados bajo el régimen anterior, y que con arreglo á él sean válidos, surtirán todos sus efectos según el mismo.

Por efecto de esta regla todos los actos jurídicos válidos celebrados con arreglo á la antigua legislación, siguen siendo eficaces después de la vigencia de la ley nueva, si bien con las limitaciones respecto á su ejecución establecidas en las disposiciones transitorias; y por eso deben valer, según en la misma se dice expresamente, los testamentos otorgados con sujeción á las prescripciones del derecho anterior aunque lo estén en forma no autorizada por el Código, como sucede, por ejemplo, con los mancomunados, y lo único que no podrá hacerse es alterarlos ó modificarlos después de la vigencia del nuevo Código á no ser testando con arreglo á la nueva ley.

Los actos jurídicos mencionados expresamente en la presente regla, no deben considerarse como los únicos regulados por ella, sino que éstos se hallan citados por vía de ejemplo y su precepto debe considerarse extensivo á todos los que se encuentran en el mismo caso, pues ya hemos dicho que su carácter es general. Así es que, según declara la comisión codificadora en la exposición que precede á la vigente edición del Código, por efecto también de esta regla no podrá alterarse el

estado legal en que se hallen los que por pacto anterior á la promulgación del Código estuvieran dando ó recibiendo alimentos; ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior perderá su derecho á heredar *abintestato* al padre adoptante, aunque el Código no reconozca este derecho á los adoptados después. En el mismo caso se encuentran las reglas que determinan la colación de las dotes y de las donaciones de cualquiera clase otorgadas bajo el régimen anterior en todo aquello en que difieran de las consignadas en el Código. Igualmente es consecuencia de esta regla la 6.ª, que permite al padre continuar disfrutando los derechos que se haya reservado sobre los bienes adventicios del hijo á quienes hubiese emancipado con esta condición.

Todos esos derechos, como originados de pactos ó convenios celebrados bajo la legislación precedente, son dignos del mayor respeto, aunque el Código no los reconozca ó los estime de modo diverso. En el mismo caso se hallarán cualesquiera otros derechos nacidos de contratos lícitos en su tiempo, aunque no sean permitidos después.

El Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina de que no pueden invocarse las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª cuando el Código no haya alterado el derecho ejercitado ó que es objeto de controversia en la contienda judicial; y así lo declaró en sentencia de 8 de Febrero de 1892, con relación al derecho que corresponde al heredero legítimo para pedir el juicio voluntario de testamentaría, cuya doctrina es de general aplicación á los demás derechos creados con arreglo á la legislación anterior, respecto de los cuales no será necesario acudir á las prescripciones de las reglas transitorias para determinar la legislación aplicable si no hubieren sufrido modificación alguna en la nueva legislación.

La segunda parte ó el segundo precepto de la regla ó disposición transitoria objeto del presente comentario, es de carácter especial como tenemos ya dicho, puesto que se ocupa de instituciones determinadas que por haber desaparecido de la legislación nueva, era preciso dictar alguna regla de derecho transitorio,

que poder tener presente en los casos particulares que pudieran surgir del paso de uno á otro régimen.

El precepto en ella consignado de que no puede hacerse alteración ni modificación alguna en los actos á que se refiere, después de la publicación de la ley nueva, como no sea testando con arreglo al Código, se funda en la consideración de que lo que pudo hacerse legítimamente al amparo del régimen anterior, no es lícito repetirlo bajo el nuevo.

A pesar de la claridad de los términos en que se haya redactada la segunda parte de la presente regla, ha dado lugar á diversas dudas y á interpretaciones en sentidos al parecer contradictorios y aun opuestos á su letra y á su espíritu, que no nos podemos detener á examinar, ni menos á resolver las cuestiones suscitadas con tal motivo, pero bastan para dicho objeto las indicaciones que tenemos hechas, por lo que no insistimos en la explicación de esta regla, y desde luego, pasamos á examinar la siguiente.

REGLA 3.ª

Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil ó privación de derechos, actos ú omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes hubiese incurrido en la omisión ó ejecutado el acto prohibido por el Código.

Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna.

La presente regla sanciona un principio inconcuso de derecho, que en la legislación penal regía ya con absoluto imperio antes de la redacción del Código civil, según el que la ley nueva no tiene efecto retroactivo más que en aquello que pueda ser favorable; y en el caso de que tanto en la antigua como en la nueva se hallara penado con sanción civil distinta un determi-

nado acto ó relación jurídica se aplicará la sanción más benigna en los casos anteriores al nuevo régimen.

Por lo mismo que deben respetarse y surtir sus efectos, según hemos visto en la regla anterior, los derechos nacidos de hechos *pasados* bajo el imperio de la legislación anterior, es evidente que los actos que según ésta no producían penalidad civil ó pérdida de derechos no deberán producirla después, aunque el Código civil la establezca, si dichos actos se ejecutaron antes de estar en vigor el nuevo Cuerpo legal.

En este caso pueden hallarse los matrimonios contraídos antes de la ley civil nueva, sin la licencia ó sin el consejo de las personas á quienes correspondía dar uno ú otro, según los casos, y conforme á dicha regla no alcanzará al casado en dicha época sin licencia ni consejo paterno la penalidad civil establecida en el art. 50 del Código, el cual, sin negar validez al matrimonio celebrado en tales condiciones, somete á los cónyuges á determinadas reglas que imponen cierta limitación en cuanto al goce de los derechos ordinariamente concedidos á los mismos con relación á los bienes de cada uno de ellos.

REGLA 4.ª

Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto á su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, á lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho ó de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos ó por otros.

Esta regla es una confirmación ó ampliación de la primera y, como ella, pertenece á las que tienen carácter general, puesto que se refiere á todas las instituciones sancionadas por el Có-

digo sin hacer mención expresa de ninguna de ellas en particular.

Su redacción es lo suficientemente clara para no dejar lugar á dudas y, sin embargo, esta es la regla transitoria sobre la que ha tenido que dictar más sentencias el Tribunal Supremo, determinando su alcance é inteligencia como veremos más adelante.

Por ella se respetan todos los actos jurídicos y todos los derechos que hayan tenido su origen antes de la publicación del Código, bajo el amparo de la legislación entonces vigente, pero que no se hubieran ejercitado aun; es decir, que no se hayan llevado á efecto, por estar pendientes de las circunstancias ó de las formalidades de procedimientos necesarios para hacerlos valer; y por virtud de la norma establecida en dicha regla se salvan las exigencias del interés público y del orden general del derecho, previniendo que en cuanto á su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, queden sujetos á lo dispuesto en el Código las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código.

De lo expuesto resulta que si la regla 1.ª se refiere al derecho en sí, la presente hace relación á su ejercicio; y por eso hemos dicho antes que ésta era una ampliación de aquélla; y de la unión de ambas claramente aparece que el derecho anterior sigue reconocido y respetado, pero su ejercicio ha de ajustarse á las prescripciones del Código. La razón de ello la da la Comisión codificadora en la exposición de motivos ya citada, diciendo «que si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tienen carácter *adjetivo*, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo. Así, pues, los derechos adquiridos y no ejercitados todavía cuando el Código empezó á regir, deberán hacerse valer por los procedimientos en él establecidos y sólo

cuando éstos se hallen pendientes en dicha época podrán optar los interesados por ellos ó por los nuevos». En efecto, el derecho adjetivo puede y debe surtir efectos retroactivos ya que es sólo un medio de realización del sustantivo, y aunque su importancia es indiscutible, no puede afectar á la relación de derecho creada al amparo de la ley.

Esta regla es de gran aplicación en la práctica, en cuanto establece la retroactividad de los preceptos de la ley civil nueva que tienen carácter adjetivo, que son bastantes, y en su precepto se hallarán comprendidos los cargos de tutor, de curador, de administrador de bienes de ausentes, de albaceas, de contadores, partidores, etc., etc.: cargos que habrán de ajustarse en cuanto á su ejercicio, á las disposiciones del Código, aun cuando los actos de los que los desempeñen hubieren comenzado antes de regir éste.

La Dirección general de los Registros, en resolución de 19 de Mayo de 1890, estableció, aplicando la presente regla transitoria, que los albaceas nombrados por el testador, fallecido después de la promulgación del Código, deben someterse en el ejercicio de su cargo á las prescripciones del Código civil, y en otra de 20 de Septiembre del mismo año, dicha Dirección decidió que el precepto del núm. 5.º del art. 269 del citado Cuerpo legal, que impone al tutor el deber de obtener autorización del consejo de familia para enajenar bienes de los menores que estén bajo su guarda, no distingue entre los tutores que á la publicación del Código estaban ya en posesión de sus cargos y los que obtuvieron el nombramiento con posterioridad á su vigencia, por lo que es indudable que tal precepto obliga á unos y otros.

Hemos dicho antes que el Tribunal Supremo ha tenido que dictar diversas sentencias para precisar el alcance é inteligencia de esta regla ó disposición transitoria, á pesar de la claridad de su precepto y de los términos en que ésta se halla concebida, de las cuales nos limitaremos a indicar las que tienen mayor interés para la resolución de las cuestiones que pudieran surgir.

En sentencia de 2 de Noviembre de 1892, explicando el sentido y alcance de la misma, declaró que la cuarta de las disposiciones transitorias sólo concede efecto retroactivo á los preceptos del Código, relativos al ejercicio, duración y procedimientos adecuados para hacer valer los derechos y acciones que tenemos indicadas. Por otra sentencia de 20 de Abril del mismo año, dicho Tribunal estableció la doctrina de que «dirigiéndose á investigar la paternidad la demanda interpuesta, rigiendo ya el Código civil, en la que se soliciten alimentos para unos hijos adulterinos, ha de estarse á lo dispuesto en el art. 141 de dicho Código, y conforme al procedimiento establecido no debe ser admitida tal reclamación no reuniendo los requisitos en dicho artículo señalados» (1).

De igual manera viene á confirmar esta regla la sentencia del citado Tribunal de 27 de Julio de 1891, en la que se hizo la declaración de que el curador *ad litem* que representa al menor en juicio, continúa teniendo la misma personalidad después de publicado el Código, pues al mantener los derechos del menor en el juicio no ejecuta cuestión ninguna de las que en esta disposición prevé el Código.

Otras varias sentencias podríamos citar como las de 29 de Mayo de 1897, 22 de Noviembre de 1901, 3 de Mayo de 1902, 31 de Enero de 1903, 8 de Marzo de 1904, 9 de Abril del mismo año y 13 de Diciembre de 1905, de varias de las cuales nos hemos ocupado ya al examinar la regla 1.ª, en todas las que se reconoce y confirma la doctrina de que, según la regla transitoria 4.ª, tratándose de un derecho nacido y no ejercitado antes de regir el Código, ha de subsistir con la extensión y en los términos reconocidos por la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto á su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlo valer, á lo dispuesto en el Código.

---

(1) Véase también la sentencia de 8 de Noviembre de 1893 citada, al tratar de la disposición preliminar de las presentes reglas transitorias.

REGLA 5.ª

Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código; pero si continuaren viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior.

La presente regla comprende dos partes ó dos disposiciones distintas: una preceptiva y otra puramente potestativa ó facultativa.

La primera de ellas es una consecuencia de los principios establecidos en la regla anterior, y por ella se consiguió armonizar el derecho nuevo con el antiguo, concediéndose el beneficio de la mayor edad y la consiguiente emancipación á aquellos hijos que, teniendo veintitrés años cumplidos al publicarse el Código civil, hubieran tenido que continuar en la minoridad, con arreglo á la antigua legislación, por no haber llegado á la edad de veinticinco años fijada por ella como límite de la misma.

Pero ese beneficio de la emancipación podía ser renunciado, como todos los derechos concedidos por la ley, siempre que su renuncia no fuere contraria al interés ó al orden público ó resultare en perjuicio de tercero, según se preceptúa en el párrafo segundo del art. 4.º del Código; y para dicho caso hubo de establecerse la segunda parte, ó la segunda disposición de esta regla, estableciéndose en ella que si los hijos favorecidos con dicho beneficio continuaran viviendo, como en el derecho antiguo, en la casa paterna y á expensas de sus padres, *puedan* éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estuvieren disfrutando á la sazón sobre los bienes del peculio de aquéllos hasta el tiempo en que, según la anterior legislación, debieran salir de la patria potestad, continuando ésta de hecho,

en cuanto á los efectos de la misma, con relación á los bienes de los hijos, como si no se hubiera introducido modificación alguna en este punto. Si bien de ese modo se sienta como regla general del derecho moderno la emancipación por la edad de veintitrés años, se otorga el debido respeto á la legislación antigua, y á pesar de considerar fuera de la potestad paterna legalmente á los que se hallaren en dichas circunstancias y pudieran, por consiguiente, aprovecharse de este beneficio, les deja en libertad de optar por el nuevo ó por el antiguo régimen en cuanto á los bienes, y para la hipótesis de que continuaran sujetos á la ley anterior, se concede á los padres la facultad que se consigna en la segunda parte de la regla, cuya disposición es puramente potestativa, según hemos dicho antes, puesto que pueden ó no conservar éstos el usufructo, la administración y los demás derechos que en dicho caso les corresponderían.

Así resulta de los propios términos en que se halla concebida la regla de que nos ocupamos, pues en su redacción expresamente se empleó la locución *podrán conservar*, para evitar toda duda sobre esto. La razón jurídica de ello es la misma que hemos indicado respecto de los hijos con relación al beneficio de la emancipación otorgado también por dicha regla; pues ese derecho, concedido á los padres, en justa compensación á la permanencia en la casa paterna y á sus expensas de los hijos que prefirieran continuar bajo el antiguo régimen, es renunciable, como todos, por no existir razón alguna que á ello se oponga.

Esta regla carece en la actualidad de interés, pues su precepto era meramente circunstancial y aplicable tan sólo á los hijos que, siendo menores de veinticinco años, tenían cumplidos ya los veintitrés al publicarse el Código civil, pues los que cumplieran éstos después de la vigencia del mismo tendrían que regirse por su art. 320.

REGLA 6.ª

El padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad con arreglo á la legislación anterior.

La presente regla transitoria pertenece á las que tienen carácter especial, según se deduce de su simple lectura, puesto que en ella no se trata más que de un caso particular, sin que fuera de él pueda extenderse la regla á ningún otro, porque como en todas las que tienen dicho carácter, su precepto obedece á razones circunstanciales, más ó menos atendibles, que imponen la necesidad de su especial y concreta reglamentación.

A primera vista parece que esta regla está en contradicción con los preceptos del Código relativos á la materia á que se refiere. En tal concepto ha sido impugnada por D. Mariano Linares Díaz, en su obra titulada *Derecho civil transitorio*, quien la estima inspirada en principios bien distintos de los establecidos por el Código, toda vez que éste no autoriza la reserva en favor del padre de parte del usufructo de los bienes adventicios del hijo á quien libre y espontáneamente emancipa, determinando una diferencia de discutible justicia entre el padre que emancipa voluntariamente al hijo y el que no lo emancipa; pues, si bien es cierto que al primero la ley le confiere poder ó facultad de reservarse ese usufructo *por galardón* de haberle sacado de su potestad, entiende dicho autor que una vez llegado el hijo á la edad en que el Código le emancipa, debiera cesar la razón de esa liberalidad legal, en vez de continuar, si no hay otra causa de emancipación, con el usufructo reservado otros dos años más, ó sea hasta que el hijo cumpla los veinticinco años.

Otros consideran esta regla como una injustificada excepción de los principios consignados en la 4.ª, viendo en ella el ejercicio de un derecho nacido bajo la legislación anterior, que no se

sujeta en su ejercicio y duración á las prescripciones del Código, puesto que según éste á los veintitrés años comienza la mayor edad. Pero estas y otras varias impugnaciones hechas á esta regla caen por su base, teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del derecho establecido á favor de los padres, y las circunstancias del caso á que la misma se refiere, pues no se trata en ella de un derecho nacido y no ejercitado, como algunos han pretendido, ni de un derecho pendiente de procedimiento oficial, ni puede sostenerse que la disposición que fija la época en que empieza la mayor edad sea de carácter adjetivo, sino que es un precepto de ley sustantiva, y, en su virtud, no puede tener aplicación de ningún modo en dicho caso la regla 4.ª, ni decirse que la presente sea una excepción de ella, ni que esté en oposición con los preceptos del Código.

Por el contrario, constituye una confirmación de las reglas 1.ª y 2.ª á un caso particular, porque, en realidad, se refiere á un derecho derivado de hechos realizados bajo el régimen de la legislación anterior y que conforme á la regla 1.ª han de regirse por el derecho vigente en la época en que nacieron, aunque el Código regule dichos hechos de modo distinto. Y, como dice la regla 2.ª, el acto, celebrado al amparo de la ley antigua, y válido con arreglo á ella, ha de surtir todos sus efectos según la misma

Otro autor, el Sr. Falcón, observa cierta contradicción de criterio entre esta regla y la 5.ª, pues entiende que la circunstancia de ser voluntaria la emancipación en ella no justifica la distinta solución adoptada en uno y otro caso; y, por el contrario, estima que debió adoptarse un mismo criterio para ambos, cual es el respeto incondicional á todo derecho adquirido. Lo expuesto anteriormente, en impugnación de las otras objeciones ó censuras hechas á esta regla, basta para demostrar que no sólo no existe esa contradicción de criterio que dicho tratadista supone, sino que la presente regla es una derivación de la 5.ª á cuyo precepto viene á servir de complemento.

Por su parte, la Comisión encargada de la redacción de la

vigente edición del Código, en la exposición de motivos tantas veces citada, justifica la disposición de dicha regla en los siguientes términos:

«Los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos, según el Código, no siempre convienen con los mismos efectos según la legislación anterior. En su consecuencia, aquello en que difieran debería regirse por dicha legislación cuando los padres estuvieren, conforme á ella, ejerciendo su potestad. Pero la patria potestad en el moderno derecho, no tiene, ni ha tenido á los ojos de los autores del Código, el sentido que le dió la legislación romana. Concédese á los padres el poder tuitivo á que se llama patria potestad, no para su personal provecho, sino para el más fácil cumplimiento de los altos deberes que la naturaleza y la ley le imponen respecto á sus hijos. Á este fin se encaminan, de un lado, el reconocimiento de la autoridad paterna, y, de otro, el disfrute y administración de los peculios. Por lo mismo, sólo se pueden mantener y asegurar al padre estas facultades, en cuanto subsistan los deberes para cuyo cumplimiento fueron otorgadas. Si, pues, los hijos al salir de la patria potestad prefieren vivir bajo la autoridad y en el domicilio de sus padres y seguir, como en tales casos es presumible, la dirección y los consejos de éstos, parece natural que subsistan la administración y el usufructo de los peculios, por todo el tiempo que la anterior legislación los mantenía. No será entonces el legislador, sino la voluntad tácita del hijo, quien prorrogue la autoridad y las facultades paternas. Y por la misma razón, desde que el hijo mayor de veintitrés años salga de la casa de su padre, cesará la presunción en que descansa la regla 5.ª y con ella los derechos de administración y usufructo que al padre corresponden sobre los bienes del peculio.

Pero cuando los derechos del padre procedan de un acto suyo, legítimo y voluntario, otorgado con condiciones recíprocas bajo el antiguo régimen jurídico, la justicia manda respetarlo y mantenerlo, sin limitación alguna. Así, el padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose al-

gún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad según la legislación anterior», como previene la regla que examinamos. Entendemos que no es necesaria después de esto mayor explicación de la misma.

REGLA 7.ª

Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes, no podrán retirar las fianzas que tengan constituídas, ni ser obligados á constituirlas si no las hubieran prestado, ni á completarlas si resultaren insuficientes las prestadas.

Esta regla es también de las que pertenecen al segundo grupo, ó sea de las que tienen carácter especial, por referirse á un caso concreto y determinado. Su precepto emana de la regla 1.ª y la prohibición que establece respecto de la retirada de las fianzas que tuvieren constituídas las personas citadas en la misma, por razón de la curatela que estuvieren ejerciendo, es una garantía establecida en favor de los descendientes sometidos á ella: garantía que constituye un derecho adquirido por los menores é incapacitados de cuya curatela se trata y, por consiguiente, no puede privárseles de él sin evidente injusticia, aunque la nueva ley dispense para lo sucesivo de la obligación de afianzar á las personas anteriormente nombradas, cuando las llama al desempeño de la tutela de sus descendientes.

Dicha regla ha sido distintamente apreciada por los autores, pues, si bien todos ellos están conformes en la justicia de la prohibición indicada, entienden unos que su precepto es deficiente porque la lógica obligaba á más, porque si el menor ó el incapacitado tenía derecho indiscutible á esa garantía, debió mandar también que, en el caso de ser insuficiente la fianza, la completase debidamente el obligado á prestarla ó que la constituyese en forma, si á pesar de la obligación de hacerlo no la hubiera constituido, en vez de la negativa que en esta disposición

transitoria se consigna. Otros, por el contrario, la aprueban tal como está redactada estimando que vino á preparar la buena interpretación del Código y á evitar los pleitos que en otro caso hubieran podido nacer de la torcida inteligencia del art. 260 y sus concordantes, pues la exención del afianzamiento de la tutela, que autoriza el citado art. 260, y las disposiciones de los artículos 1833 y 1834 de la ley de Enjuiciamiento civil no pueden alterar las reglas antiguas y las disposiciones particulares bajo cuyo amparo se hubieren constituído las fianzas, ni han de echar por tierra las limitaciones comprendidas en el art. 1835 de dicha ley procesal, utilizada ya antes de regir el Código.

Fundándose otros en el principio de hermenéutica jurídica que establece que las leyes deben interpretarse en el sentido más favorable, han supuesto que desde la publicación del Códige estaban exentos de la obligación de afianzar los parientes, á quienes se refiere dicha regla, porque el Código exime del afianzamiento de la tutela á dichos parientes, cuyo beneficio debe ser entendido ampliándolo á todos los interesados en la prestación de dicha fianza. Pero tanto esta opinión como las anteriores son igualmente erróneas y contrarias á la lógica y al buen sentido, porque sobre esas consideraciones se impone la verdad histórica de los hechos consumados, como ha dicho un autor, y el Código respetando el pasado, conforme con el criterio establecido en la ley de 11 de Mayo de 1888, que había de servir de norma á sus autores, conservó en vigor con todas sus consecuencias las tutelas y curatelas constituídas á la sombra de las leyes anteriores, dejando las cosas como estaban al tiempo de su promulgación, si bien procuró cortar de una vez los abusos que en lo antiguo solían producirse adoptando para las demás tutelas y curatelas las disposiciones consignadas en las dos reglas siguientes:

REGLA 8.ª

Los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, y con sujeción á ella, conservarán su cargo, pero sometiéndose, en cuanto á su ejercicio, á las disposiciones del Código.

Esta regla es también aplicable á los poseedores y á los administradores interinos de bienes ajenos, en los casos en que la ley los establece.

REGLA 9.ª

Las tutelas y curatelas, cuya constitución definitiva esté pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar á regir el Código, se constituirán con arreglo á la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla que precede.

Estas dos reglas forman un todo completándose mutuamente, puesto que ambas se refieren al ejercicio de la tutela y guarda de los menores é incapacitados cuando dichos cargos son desempeñados por personas distintas de los parientes designados en la anterior. Por eso las examinamos juntas.

Ambas son de las que tienen carácter especial, y los preceptos contenidos en las mismas son consecuencia de la regla 4.ª, en la cual se estableció el principio de que se hace ahora aplicación á casos determinados especiales, que por sus peculiares circunstancias requieren también disposición especial.

En la materia correspondiente á la institución de la tutela, el cambio en nuestra legislación ha sido muy radical, porque del antiguo sistema de guarda unipersonal se ha pasado al de un mecanismo mucho más complicado para mayor seguridad de los intereses sometidos á ella, puesto que según el derecho nuevo hay un tutor, que administra, un protutor que interviene los actos todos de la gestión y un consejo, el de familia, que aseso-

ra, resuelve y censura todo lo referente á los bienes del menor ó del incapacitado.

No hemos de entrar en el examen de los fundamentos y oportunidad de la reforma, porque no es objeto propio de este lugar, y además porque ya lo hicimos en su oportunidad, y únicamente tenemos que indicar que comprendiendo la tutela derechos y deberes, de derecho sustantivo unos, y otros puramente adjetivos, esa distinta naturaleza tenía que producir efectos distintos también en las disposiciones transitorias que regulasen el paso de la antigua á la nueva legislación. Y en efecto; por virtud de las reglas 4.ª, 8.ª, 9.ª y 10.ª, quedan sujetos los tutores y curadores nombrados bajo la legislación anterior á las disposiciones del Código referentes al ejercicio del cargo, esto es, en todo lo que tiene carácter adjetivo, y se regirá por la regla 1.ª lo puramente sustantivo, respetándose, en su consecuencia, todos los derechos adquiridos por los mismos; y en tal concepto, seguirán desempeñando sus cargos. Esto es de derecho sustantivo, y, por lo tanto, no puede darse respecto de ello fuerza retroactiva á las prescripciones del Código; pero esto no obsta para que quede sujeto á ellas cuanto se refiere al ejercicio de dichos cargos, ó sea la forma ó el procedimiento para su desempeño, pues todo eso es de derecho adjetivo, y por consiguiente, tiene posibilidad retroactiva. Por esto en el párrafo 1.° de la regla 8.ª se previene que los tutores y curadores nombrados bajo el régimen anterior *conservarán* sus cargos, si bien sometiéndose en cuanto á su ejercicio á las disposiciones de éste.

¿Pero qué quiso decir el legislador al establecer este precepto? ¿Se refirió en dicha disposición sólo á los tutores y curadores que estuvieren ya en ejercicio de sus respectivos cargos al tiempo de publicarse el Código, ó también á todos aquellos que habiendo sido nombrados con anterioridad, tuviesen un derecho adquirido por haber llegado la oportunidad del ejercicio de dichos cargos, aunque por cualquiera causa no estuvieran aún posesionados de ellos? Sobre esto han discutido los expositores del derecho nuevo, pero los mismos términos de la dispo-

sición citada convencen de que el segundo de dichos sentidos es el propio y adecuado de esta regla, refiriéndose, según él, á todos los nombrados conforme á la legislación precedente que tuviesen un derecho adquirido al cargo, aunque no se hallaren aun en funciones por no haber entrado todavía en posesión de la tutela y curatela, pero no á los demás.

En efecto; en ella se dice que *conservarán* su cargo los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, y dado el valor gramatical de los términos empleados, se impone la condición de haberse posesionado del mismo, ó de tener un derecho creado á él; pues lo que no se tiene no puede *conservarse*. Además, esta opinión es la más conforme con la doctrina expuesta en la regla 1.ª, pues el que solo posee un nombramiento de tutor hecho á prevención, esencialmente revocable, que á veces puede ser hasta desconocido por el nombrado, como sucede, por ejemplo, con el tutor testamentario, y cuyo nombramiento no ha de surtir efecto alguno hasta que no llegue la oportunidad de su ejercicio, en dichos casos no tiene ningún *derecho adquirido* el designado para el cargo, y no hay, por lo tanto, razón alguna para excluir de la sumisión á los preceptos de la ley nueva actos posteriores á su vigencia.

Viene á confirmar esta opinión lo dispuesto en la regla 9.ª al ordenar que las tutelas y curatelas, cuya constitución esté pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar á regir el Código, se constituirán con arreglo á la legislación anterior, sin perjuicio de lo establecido en la regla 8.ª, y lo mismo sucede con la 10.ª al excluir sólo de la constitución del consejo de familia los casos en que la tutela estuviese definitivamente constituída.

Resulta, pues, que al hablar la regla 8.ª de los tutores y curadores *nombrados* bajo el régimen anterior, se refiere única y exclusivamente á los ya indicados, ó sea á aquellos á quienes se les hubiera discernido el cargo ó dado posesión de él antes de la publicación del Código civil ó que tuvieren un derecho adquirido para ello. Después de todo, dicha regla 8.ª, no es más que una

consecuencia lógica y precisa de lo dispuesto en la 2.ª y en la 4.ª, que reconociendo los derechos adquiridos y la validez de los actos ejecutados al amparo de la legislación anterior, sujetan su ejercicio á las vigentes prescripciones civiles.

Sin embargo, no todos entienden de la misma manera dicha regla, estimando que holgaría la misma si sólo hubiera querido consagrar el respeto al tutor y curador, ó con un derecho ya creado, ya en ejercicio al publicarse el Código, porque nadie hubiese osado, sin un precepto expreso, que no existe, remover una tutela legitimamente constituída al amparo del régimen entonces vigente, y que por lo tanto, no tenía que ajustarse á reglas dadas con posterioridad; en cuya virtud se dice que la citada regla comprende á todos los nombramientos de tutor ó curador anteriores á la nueva ley, aunque no haya llegado la oportunidad de su ejercicio, ó el testador muera después de estar vigente el Código, y no pueda por dichos motivos estar posesionado de su cargo el nombrado, fundando dicha opinión en que el nuevo Cuerpo legal se inspira en el principio general de la regla 2.ª de respeto á los actos válidos realizados durante la vigencia de la legislación anterior. Pero los que así discurren confunden la eficacia del nombramiento con la manera de constituirse el cargo y con el ejercicio del mismo; es decir, lo que hay de sustantivo en la tutela con lo puramente adjetivo, y prescinden de que la designación del cargo, por sí sólo, no es un derecho adquirido.

La diferencia existente entre dicha regla 8.ª y la 9.ª, depende de que se halle ó no pendiente de resolución de los Tribunales la constitución de la tutela á la publicación del Código, refiriéndose, por lo tanto, la 9.ª á los tutores y curadores cuyos nombramientos hubieran sido discutidos ante los Tribunales, y no hubiese sido resuelta á la sazón dicha impugnación, dependiendo de su resolución la constitución definitiva de la tutela ó curatela. Pero no sólo es aplicable á ese caso el precepto de la regla referida como supone uno de los autores antes citados; sino que además comprende aquellos en que no haya sido impugnado el nombramiento, pero cuyos actos no hubieran recibido todavía

la sanción necesaria del discernimiento, porque, solicitado éste, se hallare en tramitación pendiente de la oportuna resolución judicial.

Entendidas en los términos expuestos las dos reglas de que nos ocupamos resulta:

1.º Que los tutores y curadores que estuviesen desempeñando el cargo con anterioridad á la promulgación del Codigo seguirán desempeñándole, si bien sujetándose á las disposiciones de éste y convirtiéndose en tutor el curador.

2.º Que á los tutores y curadores que no estuvieren en posesión del cargo por estar pendiente de la resolución de los tribunales su constitución, les será discernido el mismo conforme á la legislación anterior, pero quedarán sujetos á las disposiciones del Código en cuanto á su ejercicio.

3.º Que todos aquellos tutores y curadores que aun teniendo su origen en un testamento anterior al Código no llegára la oportunidad de su ejercicio, ó sea la orfandad ó la incapacidad del sujeto á ellas, hasta después de estar vigente la ley nueva, quedarán desde luego sometidos á ella, tanto en lo referente á la constitución como en lo concerniente al ejercicio del cargo.

La Dirección general de los registros con fecha 17 de Marzo de 1893, tiene resueltas diversas dudas suscitadas sobre esta materia en el sentido de que «constituída la tutela de un menor bajo el imperio de nuestra antigua legislación civil, debe ser ejercida después de publicado, y vigente el Código con arreglo á las disposiciones de éste; y el Tribunal Supremo tiene á su vez declarado en sentencia de 12 de Diciembre del mismo año 1893, «que hallándose pendiente de constituirse definitivamente una curatela al publicarse el Código civil (y lo mismo puede decirse de la tutela), es notorio que dicha constitución debe verificarse con arreglo á la legislación anterior, según lo preceptuado en las disposiciones transitorias 8.ª y 9.ª de dicho Código.»

El mismo Tribunal ha resuelto, en sentencia de 15 de Marzo de 1901, que «el discernimiento equivale á la constitución de la tutela», y por lo tanto, á la fecha de dicho discerni-

miento se habrá de estar para deducir si se halla ó no constituída la tutela en cada caso. En sentencia de 12 de Junio de 1894 declaró también el Tribunal Supremo que «aun cuando sean de fecha anterior al Código los testamentos de que emanen las tutelas testamentarias, deben constituirse éstas con arreglo á dicho Código después *de* estar vigente éste»; y en otra de 27 de Junio de 1891 se resolvió, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, que un curador *ad litem*, que antes de la publicación del Código venía representando en juicio á un menor, continúa teniendo la misma personalidad después de dicha publicación.

Las resoluciones citadas y otras varias que pudiéramos indicar, confirman y dejan fuera de toda duda las reglas de derecho transitorio, sancionadas por el legislador, según las que, deberán respetarse las tutelas y curatelas constituídas durante el imperio del derecho antiguo; pero en cuanto á su ejercicio, así como respecto de la constitución de las que á la sazón no estuvieren constituídas, se regirán por la nueva, siempre que su constitución definitiva no estuviere pendiente de resolución de los Tribunales.

En el mismo caso que los tutores y curadores se encuentran los poseedores y administradores interinos de bienes ajenos, y por eso se aplicó á ellos la disposición de la regla 8.ª

REGLA 10

Los Jueces y los Fiscales municipales no procederán de oficio al nombramiento de los consejos de familia sino respecto á los menores cuya tutela no estuviere aún definitivamente constituída al empezar á regir el Código. Cuando el tutor ó curador hubiere comenzado ya á ejercer su cargo, no se procederá al nombramiento del consejo hasta que lo solicite alguna de las personas que deban formar parte de él, ó el mismo tutor ó curador existente; y entretanto quedará en suspenso el nombramiento del protutor.

Tiene también carácter excepcional la presente regla y se aparta del principio general que domina en esta materia, puesto que establece ciertas restricciones á la introducción inmediata del consejo de familia cuando la tutela estuviere ya constituída al empezar á regir el Código.

La razón de ello la encontramos en la misma exposición de motivos que con tanta frecuencia hemos tenido que citar. En efecto, según se dice de ella, «siendo enteramente desconocida en España dicha institución, requería su establecimiento temperamentos de lentitud y prudencia para que no se comprometiese su éxito»; y por eso, aunque el Código, legislando para lo porvenir, dispone que los Jueces y Fiscales municipales procedan de oficio al nombramiento del consejo de familia, si supieren que hay en su territorio alguna persona sujeta á tutela, los autores de la presente edición, y por lo tanto, de las disposiciones transitorias consignadas en ella, entendieron que ese precepto no era aplicable sino á los menores ó incapacitados, cuya tutela no estuviese definitivamente constituída al empezar á regir el Código, sin perjuicio de que, tanto en este caso como en el de estar funcionando el tutor, debiera nombrarse el consejo de familia cuando lo solicitase persona interesada y siempre que debiera ejecutarse algún acto que requiriese su intervención, pues mientras no vaya entrando en las costumbres la nueva institución, podría más bien perjudicarla que favorecerla la iniciativa fiscal para promover su aplicación ó uso. Por la misma razón, cuando la tutela estuviese constituída ya bajo el régimen de la legislación anterior, no se deberá proceder al nombramiento del consejo, sino á instancia de cualquiera de las personas que tengan derecho á formar parte de él ó del tutor, con tanto más motivo cuanto que son muchos los casos en que los actos del menor ó de la administración de su patrimonio no pueden verificarse legalmente sin la intervención del consejo de familia.

Con esta regla se procuró desvanecer las muchas dudas que necesariamente tenían que surgir en otro caso respecto á la

aplicación del precepto contenido en el núm. 2.° del art. 236 del Código, y especialmente acerca de si los protutores podían sustituir inmediatamente á los curadores *ad litem.*

Refiérese la misma á dos casos distintos y perfectamente determinados, según que la tutela ó curatela esté definitivamente constituída ó no al empezar á regir el Código. En el primero de dichos casos, no se procederá al nombramiento del consejo de familia hasta que lo solicite alguna de las personas designadas en la regla que examinamos, y en el segundo se instará y se acordará desde luego dicho nombramiento, teniendo inmediato y exacto cumplimiento lo mandado en el art. 293 del Código.

El tiempo transcurrido desde la publicación de éste, hace que ésta y otras varias de las disposiciones transitorias vayan perdiendo su primitivo interés, pues cada vez son más reducidos los casos en que pueden tener aplicación.

REGLA 11

Los expedientes de adopción, los de emancipación voluntaria y los de dispensa de ley pendientes ante el Gobierno ó los Tribunales, seguirán su curso con arreglo á la legislación anterior, á menos que los padres ó solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido en el Código.

La disposición contenida en esta regla es de tan buen sentido jurídico, que no necesita explicación alguna.

Si bien la ley ha mantenido la subsistencia de los derechos adquiridos, respetando en cuanto á ellos los preceptos de la antigua legislación, no por eso debe imponer su mantenimiento á los interesados, los cuales pueden renunciar al derecho que como adquirido les corresponda para regular con arreglo al derecho anterior un acto jurídico determinado, sometiéndose desde luego á la ley nueva, siempre que con ello no se perjudique á tercero, ó al interés y al orden público.

Esta doctrina que en general se halla establecida en el pá-

rrafo 2.° del art. 4.° para la renuncia de toda clase de derechos, tiene aplicación concreta en la presente regla, en cuanto á los adquiridos bajo el imperio de la legislación antigua con relación á los expedientes de adopción, emancipación voluntaria y dispensa de ley empezados con anterioridad al Código y que al tiempo de la publicación de éste se encontraran pendientes ante el Gobierno ó ante los Tribunales.

Es, pues, una aplicación de principios ya establecidos la disposición de derecho transitorio sancionada en la regla que examinamos; y si bien podría suscitar acaso alguna duda la forma en que deba aparecer hecha la renuncia del derecho á la continuación del curso del expediente con arreglo á la ley antigua ó la sumisión á la ley nueva, toda dificultad desaparecería teniendo en cuenta las prescripciones generales del Código respecto de la materia, pues al no establecer precepto alguno especial es evidente que se refiere á aquéllas como en casos análogos sucede.

Además, siendo esta regla puramente circunstancial, en la actualidad carece ya de interés y aun casi de aplicación.

REGLA 12

Los derechos á la herencia del que hubiese fallecido, con testamento ó sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código.

La regla que ahora nos corresponde estudiar es una derivación de la segunda, con la cual hay que relacionarla para su me-

jor inteligencia y aplicación, pues tan íntimamente enlazadas se hallan, que en la mayor parte de los casos no puede comprenderse la una sin la otra.

Lo primero que hay que tener en cuenta para apreciar el sentido y alcance de la misma, así como la relación indicada con la segunda, es que los derechos á que se refiere no son los que emanan de la voluntad del testador, sino exclusivamente los que sobre la herencia del causante confiere la ley á determinadas personas con entera independencia de la voluntad del testador en la sucesión testada, y aun contra su voluntad; es decir, que la disposición de esta regla se contrae tan sólo á los derechos de los herederos forzosos definidos en el art. 807 del Código.

Por no haberlo entendido así se dió lugar en multitud de casos á confusiones y errores, abandonos de derechos y pleitos que en otro caso no se hubieran originado, y por eso, aunque el Tribunal Supremo en diversas sentencias ha venido á esclarecer este punto, interesa mucho dejar bien sentado el objeto y los límites del precepto consignado en la presente regla.

Que la intención del legislador al hablar en ella de los *derechos á la herencia* fué referirse única y exclusivamente á los de los herederos forzosos, se deduce: 1.º, de la correspondencia que guardan dichos términos con los epígrafes y aun con el texto de las disposiciones de las secciones 5.ª, 7.ª y 8.ª del capítulo 2.º, título 3.º, libro 3.º del Código, en las que se trata sólo de derechos de carácter legitimario ó forzoso; 2.º, de los propios términos de la misma regla, al ordenar la aplicación de las prescripciones del nuevo Cuerpo legal en la adjudicación y repartición de la herencia de los fallecidos después de su vigencia con testamento anterior, y limitar el cumplimiento de las disposiciones de dichos testamentos *en cuanto el Código permita*, lo que significa que lo ordenado por el testador en dicho caso ha de supeditarse á las disposiciones de la ley nueva, cumpliéndose en cuanto fuere compatible con los derechos á la herencia que el Código reserva á los partícipes forzosos: cuyos derechos no puede perjudicar ó menoscabar el testamento otorgado; y 3.º, de los motivos ex-

puestos por la Comisión Codificadora en la exposición ó preámbulo de la edición vigente.

En efecto; la legislación anterior no reconocía porción legitimaria á los cónyuges ni á los hijos naturales, como lo hace la vigente, ni permitía al padre disponer libremente del tercio de su haber, sino que el que testó bajo el régimen en aquélla establecido, no podía disponer, teniendo hijos, más que del quinto de sus bienes ni mejorar á cualquiera de ellos en más del tercio de éstos; pero si murió después de regir el Código, como por consecuencia de este hecho resultaría aumentada la parte disponible y las mejoras y disminuídas las legítimas, para armonizar ambos resultados habría de cumplirse el testamento reduciendo ó aumentando respectivamente las participaciones, si así fuere necesario, para que todos los partícipes forzosos en la herencia, *según el nuevo derecho,* recibiesen lo que les corresponda conforme al mismo.

He aquí la razón legal y á la vez la determinación del alcance é inteligencia de la regla de que nos ocupamos. No quiere decirse en ella que la sucesión haya de regirse por una ó por otra legislación, según que el causante haya fallecido antes ó después de regir el Código, ni era necesario que lo dijera, pues esto preceptuado se halla por la regla 2.ª, sino que lo establecido en la presente por vía de excepción á lo dispuesto en aquélla, es que los derechos de los partícipes forzosos de la herencia en las sucesiones abiertas después de estar vigente el Código civil, se regirán siempre por las disposiciones de éste, á cuyo efecto las disposiciones de los testamentos otorgados antes de 1.º de Mayo de 1889, que se refieran á los derechos de dichos partícipes, se acomodarán á las prescripciones de dicho Código.

La razón de ello es obvia, pues en materia sucesoria no hay derecho adquirido hasta la apertura de la sucesión, ó sea hasta el fallecimiento del causante, como hemos indicado ya en otra ocasión, y por la presente regla le amolda á los preceptos de la moderna legislación, armonizándole y haciéndole compatible con la reforma transcendental llevada á cabo por el Código civil.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Junio de 1897, dando la misma explicación de la presente regla, declaró que «el principio de la irretroactividad de la ley nueva sólo rige para los derechos *nacidos* bajo el imperio de la antigua, y notorio es que los derechos hereditarios no *nacen* hasta la defunción de la persona de cuya sucesión se trate». Por lo tanto, no pueden regularse por la ley antigua, si el fallecimiento es posterior á la nueva, que es lo mismo que acabamos de exponer como fundamento ó razón jurídica de este precepto.

El propio Tribunal ha resuelto en sentencias de 9 y de 21 de Abril de 1904 que la presente disposición transitoria «se refiere solamente al modo de hacer la partición y á la cuantía en que debe distribuirse la herencia, como lo demuestra con toda claridad el párrafo último de la citada disposición, sin que á esta doctrina se oponga la de la sentencia de 8 de Febrero de 1892, que nada resolvió en relación con el derecho transitorio».

REGLA 13

Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.

En las reglas anteriores se ha procurado dar solución á todas las cuestiones que pudieran ocurrir con motivo del tránsito de la antigua legislación á la nueva, establecida por el Código; pero como, á pesar del cuidado puesto por la Comisión redactora para comprender dentro de los preceptos de las mismas las dificultades más frecuentes é importantes de tan interesante materia, pudieran suscitarse otros casos en la práctica; en previsión de ellos estableció la presente, por la que se sometió á los Tribunales la decisión correspondiente, pero no á su libre arbitrio, sino haciendo aplicación á esos distintos casos de los principios que sirven de fundamento á las precedentes.

Es, pues, una disposición supletoria ó complementaria la consignada en la presente regla, á la cual habrá que acudir,

para resolver por analogía los casos no comprendidos ni resueltos en las otras disposiciones transitorias.

La regla es sencilla, pero puede ofrecer dificultades en su aplicación, las cuales habrán de solucionarse teniendo en cuenta el criterio y el espíritu que informan las anteriores.

Disposiciones adicionales.

1.ª El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose á los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos ú omisiones del Código que han dado ocasión á las dudas del Tribunal.

2.ª El Ministro de Gracia y Justicia pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año á la Comisión general de Codificación.

3.ª En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.

En estas tres disposiciones adicionales se ha previsto la necesidad de la reforma del Código, impuesta por los resultados de la experiencia, y se ha procurado adoptar los medios más convenientes y eficaces para conseguir dicho resultado á medida que el progreso de las ideas y las enseñanzas de la práctica hicieren precisa la modificación ó aclaración de los preceptos que constituyen hoy el derecho positivo común civil.

Como en otra ocasión hemos dicho, la reforma y progreso de la legislación es condición precisa de la vida del derecho posi-

tivo, el cual debe ser la expresión más exacta posible de las necesidades sociales, teniendo en cuenta las circunstancias históricas en que la nación se halle en cada época, lo cual exige que las instituciones jurídicas se vayan transformando en el curso sucesivo del tiempo, viniendo á ser esta progresiva evolución de las mismas, no una reforma arbitraria y caprichosa, sino una necesidad real é indiscutible en todas las legislaciones. Y previendo esta necesidad, el legislador, con relación al Código mandado publicar, ordenó en la base 27 de las consignadas en la ley de 11 de Mayo de 1888 que en el mismo se establecieran con el carácter de disposiciones adicionales *las bases orgánicas necesarias* para que en períodos de diez años formulase la Comisión de Códigos, y elevase al Gobierno, las reformas que conviniera introducir, como resultados definitivamente adquiridos por la experiencia en la aplicación del Código, por los progresos realizados en otros países utilizables en el nuestro, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A este objeto responden las tres disposiciones de que nos ocupamos en las que se han adoptado los medios que se estimaron más eficaces para dar solución á la necesidad mencionada; pero circunstancias de todos conocidas y dificultades de ejecución superiores á la previsión del legislador, han impedido, hasta ahora, dar completo cumplimiento á dichas disposiciones.

En cuanto al criterio en que deben inspirarse los Presidentes del Tribunal Supremo y de las Audiencias territoriales en la redacción de las Memorias anuales á que se refiere la primera de las disposiciones adicionales sobre las deficiencias y dificultades observadas en la aplicación del Código, hay que tener presente la Real orden circular de 16 de Octubre de 1889, en la que se manifiesta el deseo plausible de que interpretándose la disposición adicional citada en un sentido amplio, y puesta la mira en los beneficiosos resultados que de su cumplimiento pueden esperarse, no limiten los Tribunales sus observaciones á los puntos de derecho que hubieren sido discutidos ante los mismos, sino que las expongan también sobre aquéllos otros que, no habiendo

dado ocasión á controversia, les ofrezcan motivos de duda; por cuyo medio se ha procurado añadir el importante resultado del estudio y del examen crítico del Código por los llamados á aplicarlo, al trabajo que las partes interesadas en los litigios les den hecho con sus alegaciones en las contiendas jurídicas, las cuales podrán muy bien no suscitarse en la práctica sobre algunos puntos dudosos del nuevo Cuerpo legal, que sin esa labor de los Tribunales pasarían inadvertidos por completo por el hecho de no haber afectado á los particulares en ningún caso concreto la duda que su inteligencia pudiera ofrecer.

De este modo y por el esfuerzo común, tanto de los que tienen la misión de administrar justicia en el orden civil, como de los demás organismos que han de intervenir en las sucesivas y periódicas reformas del Código, podrá llegarse al perfeccionamiento de nuestras leyes, sin que por ello se perjudique en lo más mínimo el respeto y la consideración que debe merecer la ley nueva, según se expresa en dicha Real orden, puesto que el objeto de la reforma ordenada no es otro que su mejoramiento, que fué el fin perseguido por la comisión redactora al establecer, conforme á la base 27 de la ley antes citada, los preceptos contenidos en las disposiciones adicionales.

En dicha circular se expone también la forma en que debe cumplirse tan importante servicio y á ella nos remitimos para no dar más extensión á estas indicaciones, esperando del celo de todos los funcionarios á quienes se encomienda la dirección de dicho trabajo, que habrán de desempeñarlo en la forma más conveniente, viniendo á constituir los informes, de este modo recogidos, un caudal provechoso de doctrina, de gran utilidad para la reforma del Código cuando llegue la oportunidad de llevarla á efecto.

FIN DEL TOMO XII.

ÍNDICE DEL TOMO DUODÉCIMO

LIBRO CUARTO

De las obligaciones y contratos.

(Continuación.)

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO XII

FE DE ERRATAS

Página.	Línea.	Dice.	Debe decir.
164	6	b	a
168	1	c	b
267	17	II	I
772	10	interrupción de la prescripción	interrupción de la posesión